

# DOĞUM ÖNCESİ GERÇEKLEŞEN ZARAR VERİCİ FİİL SEBEBİYLE TAZMİNAT: CENİNİN TAZMİNAT TALEBİ

Dilşad KESKİN\*

## ÖZET

*Cenin sağ doğmak kaydıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Hak ehliyetinin kazanılması geçmişe etkili olduğundan, ceninin ana rahminde olduğu dönem içerisinde gerçekleşen zarar doğurucu olay sebebiyle doğumundan sonra tazminat talep etmesi mümkündür. Tazminat talebinin hukuki dayanağı üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ya da haksız fiil olabilir. Aynı şekilde cenin, zarar verici olay neticesinde desteğini kaybetmişse, destekten yoksun kalma tazminatı da talep edebilir. Her halde sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinden sonra talep edilebilecek olan tazminat, duruma göre maddi ya da manevi tazminat olabilir. Zarara gebe kadının, çocuğun ana rahminde olduğu dönemdeki kusurlu davranışının yol açması durumunda, tazminat talebinin anneye yöneltilmesi de mümkün olmalıdır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Cenin, haksız fiil, doğum öncesi zarar, tazminat, sorumluluk.*

## COMPENSATION FOR PRENATAL DAMAGES: CLAIM OF THE FETUS

### ABSTRACT

*Fetus has legal capacity from the moment of conception provided that it is born alive. Because the acquisition of legal capacity has retroactive effect, if the fetus is born alive, it has a cause of action for injuries sustained during the pregnancy. The legal basis of the compensation claim can be breach of contract or tort law. The fetus can also demand compensation for loss of support. The compensation can be pecuniary or non-pecuniary but in any case, it can be claimed right after livebirth. The fetus should be allowed to sue its mother if she caused injury to it through her negligent conduct while the child was not yet born.*

**Keywords:** *Fetus, tort, prenatal damages, compensation, liability.*

---

\* Yrd. Doç. Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

## **I- GİRİŞ**

Ceninın tazminat talebi, hak ehliyetini Medeni Kanun m. 28 hükmü uyarınca sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eden kişinin, sağ ve tam doğumdan önceki aşamada gerçekleşen zarar doğurucu olay sebebiyle, sağ olarak tamamıyla doğumun ardından tazminat talep etme hakkına sahip olması durumunu ifade etmektedir. Sağ ve tam doğum gerçekleşinceye kadar, ceninin hak ehliyetini kazanıp kazanamayacağı belirsizdir. Bu sebeple tazminat talep etme hakkının doğumu, her halde ceninin sağ ve tam olarak dünyaya gelmesini ve böylece hak ehliyetini kazanmasını gerektirir. Burada özellik gösteren husus, zarara ve dolayısıyla tazminat talebinin doğumuna yol açan olayın gerçekleştiği sırada ceninin henüz dünyaya gelmemiş, dolayısıyla hak ehliyetini de kazanmamış oluşudur. Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki cenin sağ ve tam doğmakla hak ehliyetini geçmişe etkili olarak kazanacağından, aslında zarar verici olayın gerçekleştiği sırada da hak ehliyetine sahip olmaktadır. Böylece talep edilecek tazminatla giderilmesi istenen zarara yol açan olay her ne kadar sağ ve tam doğumdan önce gerçekleşmiş olsa da, netice itibarıyla cenine, hukukun nazarında “kişi” olarak tanınmadığı bir döneme ilişkin olarak tazminat talep etme hakkı sağlanmış değildir.

Ceninın tazminat talep etme hakkından söz edilirken öncelikle zarara sebep olan olayın gerçekleşme zamanı itibarıyla ne kadar geriye gidileceğinin tespiti gerekir. Zararlı sonuca yol açan olay en erken hangi anda meydana gelmiş olmalıdır ki, sağ ve tam doğumun ardından bu olayın yol açtığı zararın giderilmesi talep edilebilsin. Bu sorunun cevabı aranırken tereddüt yaratan bir nokta, kanun koyucunun hak ehliyetinin ve dolayısıyla kişiliğın kazanılmasını düzenlerken ceninin “ana rahmine düştüğü” ana işaret etmiş olmasıdır. Konu bu hüküm çerçevesinde değerlendirildiğinde, tıbbın ve teknolojinin ortaya koyduğu gelişmeler karşısında döllenmenin ana rahmi dışında da gerçekleştirilebildiği dikkate alınırca, yeni sorularla karşı karşıya kalınması kaçınılmazdır. Sağ ve tam doğumla hak ehliyeti, en erken ceninin ana rahmine düştüğü anda mı kazanılmış olacaktır? Döllenmenin ana rahmi dışında gerçekleştirilmiş olmasına rağmen kişiliğın başlangıcının yine de ceninin ana rahmine yerleştirildiği an olduğu söylenebilir mi? Eğer bu kabul edilecek olursa, ortaya çıkan zararın tazmin edilebilmesi için zararlı sonuca yol açan olayın da en erken cenin ana rahmine yerleştirildiği anda mı gerçekleşmiş olması gerekecektir? Bunun aksine, kişiliğın kazanılmasının döllenmenin gerçekleştirildiği ana kadar geriye yürütülmesi ihtimalinde,

döllenmenin ardından dondurularak saklanmış olan embriyo, sonradan ana rahmine nakledildiği ve sağ ve tam doğumu gerçekleştirdiği takdirde, saklama süresi içerisinde meydana gelen bir olaydan ya da durumdan kaynaklanan zararın tazmini talep edilebilecek midir?

Tazminat talebinin hangi hukuki sebebe dayandırılabilirliği de önem taşıyan bir diğer konudur. Cenin henüz hak ehliyetine sahip bulunmadığı dönemde bir sözleşmeye taraf olamaz. Bu sebeple ceninin tazminat talebi çoğu kere kişilik haklarının ihlaline ya da haksız fiile dayanır. Bununla birlikte tazminat talebinin sözleşme hukukundan kaynaklanabileceği durumlar da düşünülebilir.

Cenin tazminat talebi incelenirken, talep edilecek tazminatın türü ve tazminat talebinin muhatabı üzerinde de durulmalıdır. Tazminatın manevi zararın giderilmesine yönelik olup olamayacağı ya da örneğin ana rahminde iken sakat doğacağı tespit edilmiş çocuğun, doğumunun ardından anneye karşı, doğumuna izin vererek kendisini kalitesiz bir hayatı yaşamaya mecbur bıraktığından bahisle tazminat davası açıp açamayacağı, tartışılmaya değer hususlardır.

## II- CENİN KAVRAMI

Hukuk literatüründe cenin, “ana rahmine düşmüş, ancak henüz sağ olarak tamamıyla doğmamış çocuk” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Bununla birlikte tıp alanında yumurta ve spermin döllenmesi anından başlayarak gebeliğin ilk sekiz haftası boyunca bir “embriyo”dan, bundan sonra doğuma kadar geçecek sürede ise “fetus” ya da “dölüt”ten söz edilmektedir<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Kurt, Leyla Müjde: “Cenin Malvarlığı Hakları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 1, 2011, 179. Kanun koyucu “cenin” kavramını tanımlamamış olmakla birlikte Türk Medeni Kanununun çeşitli hükümlerinde doğumdan önceki aşama için kullanmıştır. Buna karşılık kavram, Alman hukukunda 13 Aralık 1990 tarihli Embriyonun Korunması Hakkında Kanun (Embryonenschutzgesetz) §8(1)’de, Amerika Birleşik Devletlerinde Louisiana Medeni Kanunu (Louisiana Civil Code, 2002 Edition, Vol. II, R.S. Title 9, Appendices, Chapter 3 Human Embryos) §121’de, Finlandiya’da Tıbbi Araştırma Hakkında Kanun (Act on Medical Research) Section 1, Subsection 2’de tanımlanmıştır (Özsunay, Ergun: Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlerinde Embriyo ve Cenin’in Hukusal Durumu ve Korunması”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, 130).

<sup>2</sup> Jost, Timothy Stoltzfus: “Rights of Embryo and Foetus in Private Law”, Am. J. Comp. L. 2002, 633; Serozan, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, III § 1 N 3; Ünver, Tülay Aydın: Ceninin Hukuki Konumu, İstanbul 2011, 9; Dickens, Bernard M./Cook, Rebecca J.: “The Legal Status of in vitro Embryos”, International Journal of Gynecology and Obstetrics 111 (2010), 91. Embriyo terimi, gelişiminin ilk aşamasındaki yeni oluşmuş organizmayı ifade eder. Bu aşama döllenmiş yumurta hücrelerinin çoğalması ve farklılaşması ile karakterize-

Bu çalışmada “cenin” kavramı, sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinden önceki aşamada, henüz doğup doğmayacağı ve dolayısı ile hak ehliyetini kazanıp kazanmayacağı da belli olmayan, bununla birlikte potansiyel olarak “kişi” kabul edilmesi mümkün gözüken varlığı ifade etmektedir.

### III- CENİNİN HUKUKİ DURUMU

MK m. 28’in açık hükmü uyarınca kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar. Bu hüküm karşısında dini ve ahlaki kaygılar ne yönde olursa olsun ceninin, sağ ve tam doğumun gerçekleşmesine kadar “kişi” olarak kabulü mümkün değildir<sup>3</sup>.

Sağ ve tam doğumun, ceninin hak ehliyetini ve kişiliğini kazanması üzerindeki etkisine ilişkin olarak doktrinde üç ayrı görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisine göre cenin hak ehliyetini ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanır; sağ ve tam doğumun gerçekleşmemesi ise bozucu şart niteliği taşır, cenin sağ olarak doğmazsa ana rahmine düşmekle kazandığı kişiliği ölümle sona ermiş olur<sup>4</sup>. Bizim de katıldığımız hakim görüş, sağ ve tam doğumu geciktirici şart olarak nitelendirmektedir. Buna göre cenin ancak sağ olarak tamamıyla doğma şartının gerçekleşmesi halinde hak ehliyetini kazanabilir<sup>5</sup>. Özellikle hukuki işlem güvenliğini sarsıcı sonuçları sebebiyle diğer ikisinden daha ağır eleştirilere maruz kalan üçüncü görüş ise sağ ve tam doğum şartının geciktirici mi yoksa bozucu mu olduğunu belirlerken ceninin

---

dir ve gebe kadının bedeni ile bu yeni organizma arasında kan sirkülasyonu başlayıncaya kadar devam eder. Rahimdeki iki aylık gelişimin ardından artık organizmanın genel anatomisi şekillenmiş ve fetüs oluşmuştur (*Slabbert*, M. N.: “The Fetus and Embryo: Legal Status and Personhood”, J. S. Afr. L. 1997, 236). Hukuki literatürde genellikle embriyo ve fetüs terimleri arasında fark gözetilmez ve her ikisi de fetüs terimi ile ifade edilir (*Slabbert*, 234, dnp. 2). Embriyo ve fetüs kavramları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Kiessling*, Ann A.: “What is an Embryo?”, Connecticut Law Review, Vol. 36 (2003-2004), 1051-1092.

<sup>3</sup> Embriyonun hukuki niteliği belirlenirken ana rahmindeki embriyo (embriyo in vivo) ile döllenenin ana rahmi dışında gerçekleştirildiği durumlarda tüpteki embriyo (embriyo in vitro) arasında ayırım yapılmaktadır. Buna göre ana rahmindeki embriyo sağ doğmak koşuluyla döllenne anından itibaren hak ehliyetine sahip olduğundan bir hak süjesi ama aynı zamanda da sağ ve tam doğum gerçekleşinceye kadar annenin bedeninin bir parçasıdır. Böylece ana rahmindeki embriyo bir yandan annenin diğer yandan da babanın kişilik alanına dahildir. Tüpteki embriyo ise gamet verenlerin kişilik haklarına dahil bir değer olarak hem bunların kişilik haklarını koruyan hükümlerin ve hem de -müstakbel bir hukuk süjesi olduğundan- insan varlığı ve onuruna saygı gösterilmesine ilişkin hukuk normlarının koruma alanına dahil kabul edilmelidir (*Özsunay*, 131).

<sup>4</sup> *Oğuzoğlu*, H. Cahit: Medeni Hukuk Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 1963, 224, dnp. 1.

<sup>5</sup> *Kurt*, 181; *Dural*, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2009, 19; *Priestley*, J. M.: “Personality and Status in the Womb”, Auckland U. L. Rev. 1967-1971, 38.

korunma ihtiyacını esas almış ve ceninin kişiliğinin korunması, miras hakkı ve menfaatlerinin kanuni temsilcisi tarafından korunması bakımından, hak ehliyetinin bozucu şarta bağlı olarak kazanıldığını, buna karşılık sözleşme ehliyeti bakımından, bir geciktirici şartın söz konusu olduğunu ileri sürmüştür<sup>6</sup>.

Medeni Kanun m. 28/II hükmü uyarınca sağ ve tam doğmakla çocuk, hak ehliyetini, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder. Her ne kadar bu düzenleme ile kanun koyucu “ana rahmine düşmüş olma”yı hak ehliyetinin kazanılmasının bir unsuru haline getirmiş gözükmekte ise de teknolojiye gelişmeler karşısında artık döllenmenin ana rahminde gerçekleştirilmesinin tek seçenek olmadığı aşıkardır. Gerçekten esas itibarıyla 2010 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik<sup>7</sup> m. 4/h ile öngörülmüş bulunan yapay döllenme yönteminde, erkeğe ait spermle kadına ait yumurta, cinsel ilişki olmaksızın, tıbbi müdahale yoluyla döllenmektedir, böylece cenin ana rahminde değil dış ortamda oluşmaktadır<sup>8</sup>. Hak ehliyetinin kazanılması bakımından mesele, böyle bir durumda, sağ ve tam doğumun gerçekleştiği anda kazanılan hak ehliyetinin hükmünün ne zamana kadar geriye yürüyeceğidir. Doktrininde bu hususta MK m. 28 hükmünde yer alan “ana rahmine düşme anı” ifadesine rağmen “döllenme anı”nın dikkate alınması gerektiği görüşü hakimdir<sup>9</sup>. Kanaatimizce de özellikle ana rahmine nakilden önceki aşamada hukuki korumanın sağlanması açısından, miras hukuku başta olmak üzere farklı alanlarda kaçınılmaz olarak ortaya çıkacak başka problemlere rağmen<sup>10</sup>, sağ

<sup>6</sup> *Hausheer, H./Aebi-Müller, R.*: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005, 12; *Özsunay, Ergun*: Rights of Embryo and Foetus in Private Law”, Convergence of Legal Systems in the 21st Century, General Reports Delivered at the XVth International Congress of Comparative Law, Brisbane, Australia, 14-21 July 2002, Extrait, Bruxelles 2006, 1298.

<sup>7</sup> Yönetmelik için bkz. 6.3.2010 tarih ve 27513 sayılı RG.

<sup>8</sup> *Kurt*, 180; *Ünver*, 19; *Dickens/Cook*, 91.

<sup>9</sup> *Ünver*, 20; *Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir*, Saibe: Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2009, 15.

<sup>10</sup> Bu problemler özellikle ana rahmi dışında döllenmenin gerçekleşmesinden sonra embriyonun derhal ana rahmine nakledilmeyip dondurularak bekletildiği durumlarda söz konusu olmaktadır. Esasen Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği m. 17/11 hükmü ile belirtilen tıbbi zorunluluk halleri dışında üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması yasaklanmıştır. Bununla birlikte m. 18/12 hükmü uyarınca adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda embriyoların dondurularak saklanması mümkündür. Saklama süresi aksi eşlerce kararlaştırılmadıkça en fazla beş yıl olarak tespit edilmiştir, beş yıldan uzun süreli saklama için Sağlık Bakanlığı'nın izni gerekir (m. 18/13). Nihayet eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyoların tutanak altı-

ve tam doğum ile kazanılacak hak ehliyetinin hükmünü döllenme anına kadar geri çekmekten başka çare bulunmamaktadır.

Ceninın tazminat talebi bakımından da aslolan hak ehliyetinin kazanılma anıdır. Zira tazminat, zararın giderimidir. Zarar ise çoğu zaman bir hakkın ihlalinin sonucu olarak ortaya çıkar. Bu sebeple zarara uğramak için önce hak sahibi olmak ya da hemen hemen aynı manaya gelmek üzere hak ehliyetini kazanmış bulunmak lazımdır. Ceninin de, sağ ve tam doğumunun ardından, daha önceki bir aşamada gerçekleşen zarar verici olay sebebiyle tazminat talep edebilmesinin esası, MK m. 28/II hükmü gereğince bu aşamada da hak ehliyetine sahip kabul edilmesidir. Dolayısıyla hak ehliyetinin kazanılması anına ilişkin olarak benimsenecek yaklaşım, sağ ve tam doğumun ardından ceninin tazminat talebinde bulunabilmesi için zarar verici olayın en erken hangi anda gerçekleşmesi gerektiğinin de ölçüsü olacaktır<sup>11</sup>.

#### IV- CENİNİN TAZMİNAT TALEBİ

Sağ ve tam doğumla hak ehliyeti geçmişe etkili olarak ve döllenme anından itibaren kazanılmış sayılacağından, bir kere şart gerçekleştiği takdirde artık ceninin sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinden önceki aşamada da hak ehliyetine sahip bulunduğunu kabul etmek gerekir. Böyle olunca da sağ ve tam doğumun ardından, döllenmeden bu zamana kadar gerçekleşmiş olan zararların tazminini talep etmek mümkündür<sup>12</sup>.

---

na alınarak imha edilecekleri de aynı yönetmelikte hükme bağlanmıştır (m. 18/12).

<sup>11</sup> Başka bir ifadeyle hak ehliyetinin kazanılması anı olarak ana rahmine düşme anı kabul edildiği takdirde bunun öncesinde, örneğin in vitro fertilizasyon yönteminde döllemenin gerçekleştirilmesinden sonra ama ana rahmine nakilden önce meydana gelen zarar verici olay sonucunda ortaya çıkan zararın tazmini, sağ ve tam doğumun gerçekleşmiş olmasına rağmen talep edilemeyecektir. Buna karşılık hak sahibi olma ehliyetinin başlangıcının döllenme anı sayılması durumunda anne karnına yerleştirilmeden önce veya o sırada yapılan uygulamalar sonucu zarara uğrayan çocuk, bu durum nedeniyle uğradığı zararları talep edebilecektir (*Oğuzman/Seliçil/Oktay-Özdemir*, 16).

<sup>12</sup> Doktrinde bir görüş, sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinin ardından, doğumdan önce gerçekleşen haksız fiil sebebiyle doğan zararın tazmininin istenebilmesi için, MK m. 28/II'de yer alan ve ceninin kişiliğini ileride sağ ve tam doğma geciktirici koşuluna bağlı olarak geçmişe etkili kabul eden düzenlemesine ihtiyaç bulunmadığını, klasik haksız fiil ya da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme sorumluluğu kapsamında tazminat istenebileceğini kabul etmektedir (*Serozan*, III § 1 N 3). Kanaatimizce ceninin, vücut bütünlüğüne yönelik kişilik hakkının ihlali halinde haksız fiil failinden tazminat talep edebilmesi, MK m. 28/II'de yer alan düzenlemenin bir sonucudur. Ceninin, ileride sağ ve tam doğma geciktirici koşulu gerçekleşmediği sürece, ana rahminde iken ya da tüpte döllendirildiği sırada hak ehliyeti yoktur. Bu sebeple bu aşamada, vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkı ihlal edildiği takdirde, kendisine kayyum atanarak kişilik hakkının korunması mümkün değildir. Ancak sağ ve tam doğum şartı gerçekleştiğinde, ana rahminde iken cenine karşı işlenen haksız fiil bir "kişi"ye

## **A- Tazminat Talebini Doğurabilecek Başlıca Durumlar**

Cenin tazminat talebi, haksız fiile ya da sözleşmeye dayanabilir.

### **1- Haksız Fiile Dayanan Tazminat Talebi**

Sağ ve tam doğum henüz gerçekleşmemiş olduğu halde, döllenmenin gerçekleşmesinden sonraki aşamada meydana gelen bir haksız fiil sebebiyle zarara uğramış olan cenin, sağ ve tam doğumunun ardından bu zararının tazmin edilmesini isteyebilir<sup>13</sup>.

#### **a) Ceninin Vücut Bütünlüğünün İhlali Durumunda Tazminat**

Cenin tazminat talebine esas olacak haksız fiil, çoğu zaman vücut bütünlüğünün ihlali biçiminde ortaya çıkar. Hak ehliyetinin ve kişiliğin kazanılması döllenme anına kadar geçmişe etkili olacağından, bu andan sonra, doğuma kadarki dönem içerisinde gerçekleşecek hukuka aykırı davranışla vücut bütünlüğü ihlal edilen cenin, bu ihlalin sonucu olan zararın tazminini talep edebilmelidir<sup>14</sup>. Bu çerçevede değerlendirilmesi mümkün olan vücut bütünlüğü ihlallerinin ilk örneği, döllenmenin dış ortamda gerçekleştirildiği durumlarda, ana rahmine naklinden önceki aşamada, kusurlu bir davranışla embriyoya zarar verilmesidir. Sağ ve tam doğum gerçekleşse bile embriyonun hasara uğraması sebebiyle fiziksel ya da zihinsel özürlü olarak dünyaya gelen çocuk, zararının tazminini kusurlu davranışın failinden isteyebilir<sup>15</sup>.

Cenin vücut bütünlüğü ana rahminde olduğu sırada anneye ya da doğrudan kendisine yönelik hukuka aykırı davranış sonucu ihlal edilmiş de olabilir. Gebe kadının darp edilmesi ya da trafik kazası geçirmesi, bu tür

---

karşı işlenmiş olacağından, cenin, haksız fiil failine karşı zararının giderilmesini talep edebilir (Ünver, 26; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 17).

<sup>13</sup> Jost, 642; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 18; Mancino, Paul A.: "Torts-Prenatal Injuries-Recovery Allowed", 14 W. Res. L. Rev. 1962-1963, 153; Kurt, 193; Jayakumar, Sri Vidhya: "Liability of a Mother for Prenatal Negligence to her Child: A Case for Equal Parenthood", National Conference on Gender Equity at Work and Home, 9-10 Jan. 2009, K.G. Somaiya College, Mumbai ([http://www.vpmthane.org/law1/Princ-Articles/Liability\\_of\\_a\\_mother\\_for\\_prenatal.pdf](http://www.vpmthane.org/law1/Princ-Articles/Liability_of_a_mother_for_prenatal.pdf)., erişim: 27.03.2013), 1.

<sup>14</sup> İngiliz Hukukunda 1976 tarihli The Congenital Disabilities (Civil Liability) Act gereği, bir çocuğun ailesini etkileyen bir davranış sonucu çocuğun sakat kalmasına neden olan kişi, çocuğun ailesine karşı haksız fiilinden sorumlu tutulabiliyorsa çocuğa karşı da sorumludur (Jayakumar, 1).

<sup>15</sup> Dural/Öğüz, 20; Kurt, 193; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 18; Coester, Michael: "The Protection of the Embryo in German Family Law", Journal of Child Law, Vol. 5, No. 2, 1993, 88; Priestley, 34; Mancino, 152; Stone, F.: "The Unborn Child and The Law of Tort", 9 Cambrian L. Rev. 1978, 56.

ihlallerin tipik örnekleridir<sup>16</sup>. Annenin rızası olmaksızın gerçekleşen ve ana rahmindeki ceninin yaşamına son verilmesini amaçlayan, ancak neticesiz kalmış davranışlar da bu kapsamda ele alınabilir<sup>17</sup>. Kanaatimizce anne, ceninin yaşamına son verilmesine rıza göstermiş olsa dahi, on haftalık yasal sürenin aşılmasından sonra rahmin tahliyesine yönelik davranış, hem anneye hem de doğrudan cenine yönelmiş haksız fiil teşkil eder<sup>18</sup>. Annenin rahminde taşıdığı ceninin yaşamını bizzat sona erdirmek istemesi halinde de; on haftalık sürenin aşılmasından sonra gerçekleşecek kusurlu davranışın anne tarafından cenine yöneltilmiş haksız fiil niteliğinde olacağı<sup>19</sup> kabulü gerekir<sup>20</sup>.

Ceninin vücut bütünlüğü ihlalinin özellik arz eden bir başka örneği, hekimin kusurlu tıbbi müdahalesinin bedensel zarara yol açması halidir<sup>21</sup>. Ana rahminde iken hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi sebebiyle bedensel zararın doğması halinde, hekimden haksız fiil esaslarına dayalı olarak tazminat talep edilmesi mümkündür. Bununla birlikte burada hekime yönelilecek tazminat talebinin, hekimin kusurlu davranışı ile ana rahminde iken bu davranışın hedefinde bulunan ve sağ olarak, ancak özürlü doğan çocuğun durumu arasında bir illiyet bağının bulunmasını zorunlu kıldığı hususu gözden kaçırılmamalıdır<sup>22</sup>. Böyle bir illiyet bağının mevcut olduğu çeşitli durumlar

<sup>16</sup> Annenin gebeliği sırasında geçirdiği bir trafik kazası sebebiyle cenin bedensel zarara uğramış olarak dünyaya gelirse, sağ ve tam doğumun ardından, bu zarara kusurlu davranışı ile sebebiyet vermiş olan kimseden haksız fiil hükümlerine göre tazminat isteyebilir (Ünver, 80; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 18; Kurt, 193).

<sup>17</sup> Annenin rızası olmaksızın ana rahmindeki ceninin yaşamına son vermek, ceza hukuku anlamında suç teşkil eder. TCK m. 99 (1) hükmü uyarınca; “Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”. Çocuk düşürtme suçu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Dönmez*, Burcu: “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AIHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı 2, 2007, s. 99-141.

<sup>18</sup> TCK m. 99 (2) “Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

<sup>19</sup> TCK m. 100 (1) “Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

<sup>20</sup> Şüphesiz ceninin vücut bütünlüğünün ihlal edildiği tüm bu örneklerde, ceninin doğan zararın tazminini talep edebilmesi için ihlale rağmen sağ ve tam doğumun gerçekleşmiş olması zorunludur.

<sup>21</sup> *Friedl*, Birgit: “Wrongful Birth Claims in Germany”, *The King’s College Law Journal*, 1994-1995 (5), 161; *Ünver*, 80; *Şenocak*, Zariife: *İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat*, Ankara 2009, 5, dph. 9.

<sup>22</sup> *Şenocak*, 118. Doğum öncesinde doğrudan doğruya fetüse cerrahi müdahale ile tedavisi mümkün olan hastalıklar için bkz. *Weinberg*, Susan R.: “A Maternal Duty to Protect Fetal



düşünülebilir. Bunlardan en sık rastlanılanı, hekimin ana rahmindeki cenine tedavi ya da rahim tahliyesi amacıyla doğrudan doğruya müdahale etmesi ancak amacına ulaşamaması, tedavinin ya da rahim tahliyesinin gereği gibi uygulanamaması sonucunda ceninin zarar görmesidir<sup>23</sup>. İkinci ihtimalde ise gebelik takibini yapmakta olan hekim, ceninin gelişimindeki, teşhisi ve cenin ana rahminde iken tedavisi mümkün bir anomaliyi, kusurlu davranışı sonucu teşhis edememiş, böylece cenin bu anomali ile dünyaya gelmiştir<sup>24</sup>. Hekimin, ceninde mevcut anomaliyi teşhis ettiği halde anne-babayı bu hususta bilgilendirmemiş olması da özürlü doğumun ardından zararın hekimden talep edilmesiyle sonuçlanabilir. Bu ihtimalde de cenin tarafından hekime karşı ileri sürülecek tazminat talebinin dinlenilebilirliği, tespit edilen anomalinin, anne-babaya bildirilmiş olsaydı, doğumdan önce yapılacak bir müdahale ile giderilmesi imkanının bulunmasına bağlıdır<sup>25</sup>. Hekimin ceninin gelişimindeki anomaliyi teşhis edemediği ya da teşhis ettiği anomali hakkında anne-babayı bilgilendirmediği durumda, anomali zamanında tespit edilebilmiş ya da anne-baba durumdan haberdar edilmiş olsaydı bile özürlü doğum engellenemeyecek idiye haksız fiil sorumluluğundan söz edilemez<sup>26</sup>. Zira düzeltilmesi mümkün olmayan bir anomali ile karşı karşıya bulunan hekim, hareketsiz kalmakla çocuğun özürlü doğumuna yol açmış değildir. Bu noktada hekimin davranışı olsa olsa anne-babanın gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin muhtemel kararının önüne geçmiş olur ki bu mani oluş, haksız fiil esaslarına göre tazminat sorumluluğu için gereken illiyet bağının kurulmasına yetmez. Başka bir ifadeyle bu varsayımda, özürlü doğan çocuğun durumu, hekimin

Health”, Indiana Law Journal, Vol. 58 (1983), 532.

<sup>23</sup> *Büyükay*, Yusuf: İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım, Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul 2006, 116. Hekimin cenindeki teşhisi mümkün anomaliyi teşhis edememesi, ceninin hekimi teşhis yükümlülüğü altına sokan sözleşmenin yararlanması ya da koruyucu etkisine dahil kabul edilmesi halinde sözleşmenin ihlali, ceninle hekim arasında sözleşme hukukuna ilişkin esasların uygulanmasını gerektirecek bir ilişkinin bulunmaması halinde ise haksız fiil niteliği taşımaktadır (*Ünver*, 112).

<sup>24</sup> *Şenocak*, 157.

<sup>25</sup> *Ünver*, 115; *Şenocak*, 157; *Büyükay*, 116. Anne-babanın özürlü çocuğun bakım masraflarının tazmini için hekime açacakları dava ile ceninin tazminat talebinin ve şartlarının birbirinden farklı olduğunu bir kere daha vurgulamak gerekir. İstenmeden dünyaya gelen özürlü çocuk olaylarında, hekim anneyi durumdan haberdar etmiş olsaydı annenin gebeliği sona erdireceği kabul edilmekte ise hekimin davranışı ile çocuğun doğumu dolayısıyla meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının mevcut olduğu kabul edilmektedir (*Jost*, 641; *Şenocak*, 121). Buna karşılık davayı bizzat özürlü doğan çocuğun açması halinde annenin varsayımsal gebeliği sonlandırma kararına dayanılması mümkün değildir (*Büyükay*, 115).

<sup>26</sup> *Büyükay*, 115; *Şenocak*, 157; *Ünver*, 115.

davranışının sonucu değildir<sup>27</sup>. Nihayet bu durumda haksız fiil için aranan hukuka aykırılık unsurunun da bulunmadığını belirtmek gerekir. Gerçekten burada hekim, çocuğa karşı bir temel koruma normunu ihlal etmiş değildir. Hekimin sorumluluğu, anne-babaya karşı borcun ihlalinden kaynaklanan bir sorumluluk olabilir ki bu da netice itibarıyla sözleşme sorumluluğu doğurur<sup>28</sup>.

Henüz ana rahminde olduğu dönemde, ceninin, annenin bir davranışından dolayı zarar görmüş olması halinde, tazminat talebinin anneye yöneltilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmanın temelinde ceninin anneden ayrı bir varlığının bulunup bulunmadığı problemi yatar<sup>29</sup>. Annenin cenine karşı haksız fiil işlemesi ve ceninin de bundan doğan zararının tazminine ilişkin talep hakkını anneye yöneltmesi, ancak ceninin anne karşısında bir varlığa sahip olduğu ön kabulü ile söz konusu edilebilir. Oysa sağ ve tam doğumun gerçekleşmesine kadar cenin hukukun nazarında “kişi” değildir. Böyle olunca gebe kadının rahminde taşıdığı varlığın kendi bedeninin bir parçası olduğu iddiası yok sayılamaz<sup>30</sup>. Bununla birlikte sağ ve tam doğumuyla kişiliğini geçmişe etkili olarak kazanacak olan ceninin, ana rahminde olduğu dönem boyunca gebe kadının tasarruflarına karşı tamamen savunmasız bırakılması da isabetli olmayacaktır<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> *Şenocak*, 157; *Ünver*, 115. Bu noktada tartışma çocuğun özürsüz bir yaşam sürdürmek karşısında hiç var olmamak hakkına sahip olup olmadığı ve var olmama konusunda bir kişilik hakkının varlığı kabul edilecek olursa tazminat talebini bu hakkına dayandırıp dayandıramayacağı meselesine kaymaktadır. Doktrinde hakim görüş, çocuğun var olmama şeklinde bir kişilik hakkının bulunmadığıdır. Kanaatimizce de var olmamak, hukuk sistemi içerisinde kişiye tanınmış bir hak olarak değerlendirilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Büyükkay*, 115.

<sup>28</sup> Bu sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisi bakımından ceninin durumu için bkz. aşağıda IV-A-2-b).

<sup>29</sup> *Foley*, Teresa: “Dobson v. Dobson: Tort Liability for Expectant Mothers?”, *Saskatchewan Law Review*, Vol. 61 (1998), 179; *Jost*, 643; *Priestley*, 35; *Özsunay*, 136; *Beal*, Ron: “Can I Sue Mommy? An Analysis of a Woman’s Tort Liability for Prenatal Injuries to her Child Born Alive”, 21 *San Diego L. Rev.* 1983-1984, 327.

<sup>30</sup> Nitekim 1989 tarihli *Daigle v. Tremblay* davasında (2 S.C.R. 530) Kanada Yüksek Mahkemesi, açıkça kişiliğin doğumla başlayıp ölümle sona erdiğine, fetüsün kişi olmadığına hükmetmiştir. Böylece ana rahmindeki ceninin, yasal olarak annesinininkinden ayrı bir varlığa sahip bulunmadığı kabul edilmiş olmaktadır (*Foley*, 178). Buna karşılık New Jersey’de mahkeme, doğmamış çocuğun yaşamını korumak amacıyla gebe kadına rızası hilafına tıbbi tedavi uygulanmasına hükmetmiştir. *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital v. Anderson* davasında New Jersey Yüksek Mahkemesinin kararına göre, gebe kadının ya da doğmamış çocuğun yaşamının korunması için gerekli olduğu takdirde gebe kadının rızası hilafına kan nakli yapılması mümkündür (*Weinberg*, 535).

<sup>31</sup> Ceninin annenin bir parçası sayılması doğum gerçekleşene kadarki durumdur; bir kere sağ doğum gerçekleştiğinde, cenin geçmişe etkili olarak hak ehliyetini kazanmış olacaktır (*Kurt*, 191, dpn. 66; *Beal*, 328; *Mancino*, 154). Madem ki cenin sağ ve tam doğmakla geçmişe etkili olarak kişilik kazanmakta ve ana rahminde bulunduğu dönemde üçüncü kişi tarafından ger-

Gebelik süreci boyunca annenin, rahminde taşıdığı cenine karşı bir özen yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı meselesi oldukça hassas ve ihtilafıdır. Gerçekten böyle bir yükümlülüğün kabulü, cenin açısından bakıldığında onun haklarını korumaya hizmet eden bir yaklaşım olarak son derece yerinde görülebilirse de aynı yaklaşım, kadının kendi bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin ve özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına geleceğinden tek kelime ile “tehlikeli”dir<sup>32</sup>. Nitekim anne ile cenin arasındaki ilişkide menfaatler dengesinin ne şekilde kurulacağıyla ilgili olarak sıklıkla karşı karşıya gelen iki görüşten ilki, yasa koyucunun gebe kadının kişisel özgürlüğünü dolaylı olarak bile sınırlandıramayacağı ve doğmamış çocuğa karşı yasal bir özen yükümlülüğünün söz konusu olamayacağı yönündeyken, ikinci görüş, basitçe, annenin sorumluluktan muaf tutulması için bir sebep görmemektedir<sup>33</sup>. Mahkeme kararlarında da doktrindeki tartışmalara paralel olarak farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Amerika Birleşik Devletlerinde, gebe kadının kusurlu araba kullanması sonucunda ana rahmindeki ceninin zarar gördüğü iddiasıyla açılan davada<sup>34</sup> mahkeme, sağ doğumun ardından anneye yöneltilen tazminat talebini, böyle bir sorumluluğun kabulünün anne ile cenin arasındaki benzersiz ilişkiye -annenin özerklik ve gizlilik hakları pahasına- aşırı müdahale anlamına geleceği gerekçesiyle reddetmiştir<sup>35</sup>. Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi, annenin gebe kalmadan önce kendisine frengi hastalığı teşhisi konmuş olmasına rağmen gebe kalarak hastalıklı bir çocuk dünyaya getirdiği olayda, çocuğun anneden maddi ve manevi tazminat talep etme hakkına sahip olduğuna karar vermiştir<sup>36</sup>.

---

çektirilen haksız fiilden kaynaklanan zararının tazminini talep edebilmektedir, o halde zararın annenin kusurlu davranışının sonucu olduğu durumlarda da tazminat talebinin, ceninin gebe kadının varlığından ayrı bir varlığı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilememesi gerekir (Foley, 180).

<sup>32</sup> Foley, 192; Jayakumar, 2. Cenin ile kadın arasındaki ilişkiyi kadının bedeni üzerindeki haklarını da dikkate alarak inceleyen dikkate değer bir çalışma için bkz. Purdy, L. M.: “Are Pregnant Women Fetal Containers?”, Bioethics, 1990 Oct. 4(4), 273-291.

<sup>33</sup> Coester, 91; Beal, 333.

<sup>34</sup> Stallman v. Youngquist. Gerçekleşme biçimi itibarıyla buna çok benzeyen başka bir olayda (Dobson v. Dobson) Kanada Yüksek Mahkemesi, annenin kusurlu araç kullanarak kazaya neden olması yüzünden yaralanan cenine dava hakkı tanımıştır (Özsunay, 135).

<sup>35</sup> Cook, Moses: “From Conception until Birth: Exploring the Maternal Duty to Protect Fetal Health”, Washington University Law Quarterly, vol. 80/2002, 1311, dpn. 32.

<sup>36</sup> Ana-babanın bozuk genlerin çocuğa geçmesine engel olmak yükümlülüğünün bulunmadığı yönündeki katıldığımız görüş için bkz. Capron, Alexander: “Tort liability in Genetic Counseling”, 79 Colum L. Rev. 1979, 665.

Annenin cenin karşısında her türlü sorumluluktan muaf olduğu kabul edilemeyeceği gibi, ceninin doğum öncesi tüm zararlarından anneyi sorumlu tutmak da mümkün değildir. Karşı karşıya gelen bu iki korunmaya değer menfaatin dengelenebilmesi ise annenin cenine karşı bir özen yükümlülüğü altında bulunduğu kabulünü zorunlu kılmaktadır<sup>37</sup>. Bununla birlikte söz konusu yükümlülüğün sınırlarının çok dikkatli çizilmesi gerekir<sup>38</sup>. Gerçekten, annenin gebelik dönemindeki davranışları ve kararları cenin ve doğum sonrasında çocuk için yıkıcı sonuçlar doğurabilir. Ceninin hayatının annenin fiili sebebiyle tehlikeye girebileceği üç farklı davranış grubundan söz edilmektedir. Bunlardan birincisinde kadın kendisi için tehlikeli olabilecek bir davranışta bulunmakta ancak bu davranışın olumsuz sonuçları rahimdeki cenine uzanmaktadır. Alkol, uyuşturucu ya da tütün bağımlılığı, cinsel yolla bulaşabilecek hastalıklar dikkate alınmaksızın dikkatsizce cinsel ilişkiye girilmesi böyledir. İkinci davranış grubu kadının bir yetişkin için normal ve kabul edilebilir olmasına rağmen cenin için risk içeren aktivitelerinden oluşur ki aslında ceninin sağlığı açısından olumsuz sonuçlanma ihtimali düşünülemez neredeyse hiçbir aktivite yoktur. Motosiklete binmek, merdiven çıkmak, uçak yolculuğu yapmak, gelişmemiş sağlık sistemine ya da sağlıksız iklime sahip ülkelere tatil gitmek bu tip aktiviteler arasında sayılabilir. Üçüncü grupta kadının kendisi ya da cenin için zorunlu görülen bir tıbbi tedaviyi reddetmesi bulunur<sup>39</sup>. Kanaatimizce gebe kadının ceninin menfaati için kaçınması gereken davranışların çerçevesinin belirlenmesinde “benzer şartlar altındaki normal, orta zekalı, makul insan tipi” kriterinden faydalanılması mümkündür. Böylece annenin, benzer koşullar altındaki herhangi bir makul anne-babanın davranışından sapan zarar verici davranışı, kusurlu davranış olarak nitelendirilerek haksız fiile dayanan sorumluluğunun esasını oluşturacaktır<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> *Özsunay*, 136.

<sup>38</sup> Bu çerçevede gebe kadının hangi andan itibaren ceninin sağ doğumunun gerçekleşmesi için gerekli tedbirleri almaya mecbur olacağı, hangi davranışlardan kaçınmadığı takdirde özürsüz doğumun sorumluluğunu taşıyacağı, gebe oluşunun ya da davranışın cenin açısından zararlı niteliğinin bilgisizliğinden hangi noktaya kadar yararlanabileceği, cevaplanması gereken sorulardır (*Coester*, 91). Gebe kadının gebeliği öğrendiği andan itibaren sigara ve içki içmek, düzensiz bir yaşam tarzı sürdürmek gibi, ceninin zarar görmesine neden olabilecek tüm davranışlardan kaçınmakla yükümlü olacağına ilişkin bkz. *Özsunay*, 136. Buna karşılık Michigan Temyiz Mahkemesi, *Grodin vs. Grodin* davasında, kadının, gebe kalma anından itibaren fetüse karşı özen yükümü altında bulunduğunu kabul etmiştir (*Beal*, 357). Özen yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesiyle ilgili problemler için bkz. *Jayakumar*, 2.

<sup>39</sup> *Beal*, 360; *Coester*, 91.

<sup>40</sup> *Weinberg*, 13; *Beal*, 353; *Wellington*, Kate: “Maternal Liability for Prenatal Injury: The Pre-

### **b) Ceninin Diğer Kişilik Haklarının İhlali Durumunda Tazminat**

Haksız fiilin ceninin vücut bütünlüğü dışındaki diğer kişilik haklarının ihlali biçiminde gerçekleşmesi de söz konusu olabilir. Örneğin, evlilik dışı bir ilişkinin sonucu olarak dünyaya gelen ceninin şahsına yönelik olarak, henüz doğumundan önce, şeref ve haysiyetini ihlal edici bir takım yayınların yapılmış olması ve ceninin bunlardan dolayı zarar uğraması halinde, sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinin ardından bu zararların giderilmesinin de talep edilebilmesi gerekir<sup>41</sup>.

### **c) Ceninin Destekten Yoksun Kalması Durumunda Tazminat**

Destekten yoksun kalma tazminatı ile, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıpların giderilmesi hedeflenmektedir<sup>42</sup>. Bir kimseye fiilen, düzenli ve sürekli olarak bakan ve ileride de bakmaya devam edeceği anlaşılan kimse, baktığı şahıs açısından “destek”tir<sup>43</sup>. Destek olarak nitelendirilen kişinin tazminat talebinde bulunan kişiye halihazırda bakmakta olması zorunlu değildir; hayatın olağan akışına göre ileride bakma ihtimalinin bulunması yeterlidir. Bu ikinci durumda “farazi destek”ten söz edilir<sup>44</sup>. Cenin için destek, çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderlerin karşılanmasını anne-babaya yükleyen MK m. 327/I hükmü gereğince, kural olarak anne-babasıdır<sup>45</sup>. Bununla birlikte desteğin anne-baba olması zorunlu

ferable Approach for Australian Law?”, Tort Law Review 18 (2010), 91.

<sup>41</sup> *Gazley, M. G.*: “Tort Liability for Prenatal Injuries”, Victoria U. Wellington L. Rev. 7(1973-1975), 213. Henüz doğmadan önce cenin için kanuni temsilci tayin edilemeyeceği kuralının istisnalarından biri, evlilik dışında ana rahmine düşen cenin ile baba arasında soybağının kurulmasına yönelik olarak babalık davası açmak üzere cenine bir kayyım atanmasıdır (MK m. 301). Buna göre, evlilik dışında ana rahmine düşen cenin için babalık davası açmak üzere, ananın talebi ile hakim cenine kayyım atayabilir. Getirilen bu imkan bir yandan baba ile arasında soybağı kurulan ceninin babaya mirasçı olmasını sağlamakla ceninin malvarlığı haklarını korumaya hizmet ederken bir yandan da ceninin kişilik haklarının korunmasına bir örnek oluşturmaktadır (*Kurt, 198*).

<sup>42</sup> BK m. 53 hükmünde ölüm halinde uğranılan zararlar arasında “ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar” da sayılmış, böylece destekten yoksun kalma tazminatının yasal dayanağı oluşturulmuştur.

<sup>43</sup> *Gökyayla, K.* Emre: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2004, 98; *Ünver, 65*; *Eren, Fikret*: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, 721; *Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla*: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, 620; *Gürsoy, Kemal Tahir*: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, AÜHF Dergisi, Cilt: 29, 1972, Sayı: 1-2, s. 185; *Sirmen, Lale*: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, AÜHF Dergisi, Cilt 35, 1978, Sayı 1-4, s. 489.

<sup>44</sup> *Eren, 724*; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 621*; *Sirmen, 489*; *Gürsoy, 147*.

<sup>45</sup> Esasen bir kimsenin bir başkasının desteği sayılabilmesi için bu ikincisine nazaran bir bakım yükümlülüğü altında bulunması gerekli değildir. Bununla birlikte böyle bir bakım yükümlü-

değildir<sup>46</sup>. Desteğin ceninin doğumundan önce bir haksız fiil sonucunda ölmüş olması durumunda, sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinin ardından<sup>47</sup> çocuk, haksız fiilin failinden destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir<sup>48</sup>.

Destekten yoksun kalma tazminatının miktarı, ölen kişinin çocuğa sağlayabileceği desteğin muhtemel miktarı kadar olacaktır. Bu tutar hesaplanırken, çocuğun bakım ihtiyacının devam edeceği süre, yaşasaydı çocuğa destek olacak olan ana veya babanın kazancının tutarı ve çocuğa destek olabileceği muhtemel süre dikkate alınır<sup>49</sup>.

### **d) Ceninin Destek Niteliği Taşımayan Yakınlarından Birinin Haksız Fiil Sonucu Ölümü Durumunda Tazminat**

Aile fertlerinden birinin ceninin doğumundan önce ölümü, ailenin ölen ferdi olmadan büyüyen çocuğun bu duruma dayalı olarak acı ve üzüntü duymasına, dolayısıyla manevi zarara uğramasına yol açacaktır. Bu sebeple bu şekilde haksız fiil sonucu bir yakını kaybetmiş olan cenin, sağ ve tam doğumun ardından haksız fiil failinden manevi tazminat talep edebilir<sup>50</sup>.

Yargıtay bu gibi durumlarda böyle bir kayba uğrayan ceninin olayın gerçekleştiği sırada henüz doğmamış olmasının ya da tazminat talebinin ileri

lüğünün varlığı, kanunen bakmakla yükümlü olan kişinin, sağlığında hiçbir yardımda bulunmasa bile yine de destek sayılmasını gerektirir (*Gökyayla*, 99, 101).

<sup>46</sup> Ölen kardeşin destek sayılabilmesi için onun desteğinden yoksun kalacak kardeşin, onun ölümünde doğmuş ya da en azından cenin halinde olması gerekir (*Gürsoy*, 150).

<sup>47</sup> Ceninin destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin talebinin MK m. 28/II'de kabul edilen geçmişe etkililik varsayımına dayandırılması gerekmeksizin de ileri sürülebileceğine ilişkin olarak bkz. *Serozan*, Rona: "Doğum Öncesi (Prenatal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, 317. Destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için, desteğin ölümü tarihi itibarıyla doğumun değilse de döllemenin gerçekleşmiş olması zorunludur (*Tekinay*, Selahattin Sulhi: Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul 1963, 47). Buna karşılık doktrinde desteğin ölümü anında henüz ana rahmine bile düşmemiş olan nondum conceptusun da destekten yoksun kalma tazminatını talep edebileceği savunulmuştur (*Serozan*, "Kişiliğin Korunması", 317).

<sup>48</sup> *Kurt*, 195; *Mancino*, 153; *Ünver*, 40. Yargıtay da bir kararında (Yarg. 4 HD. E.1983/6447, K. 1984/2849); "Davacının doğmadan önce cenin halinde iken desteği olan babasının ölümü nedeniyle BK'nun 45, 47. maddeleri uyarınca maddi ve manevi tazminat isteyebileceğinde kuşku yoktur." ifadesine yer vermiş, başka bir kararında da (Yarg. 4 HD. E. 1983/7784, K. 1983/8331); "Nitekim bu gibi olaylarda sağ doğması kaydıyla olay gününde ana rahmine düşmüş çocuk yararına dahi böyle bir tazminata hükmedilmesi gerekmektedir." diyerek ceninin, sağ ve tam doğmak kaydıyla, destekten yoksun kalma tazminatı bakımından dava ehliyetine sahip bulunduğunu vurgulamıştır (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>49</sup> *Ünver*, 71; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*, 635; *Kurt*, 196.

<sup>50</sup> *Kurt*, 196; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, 18; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*, 661.

sürüldüğü tarih itibarıyla küçük yaşta oluşunun tazminata hükmedilmesine engel teşkil etmeyeceğine, manevi tazminatın yalnız çekilen acılara değil, çekilecek acılara karşılık da takdir olunacağına hükmetmiştir<sup>51</sup>.

## **2- Sözleşmeye Dayanan Tazminat Talebi**

Her ne kadar hak ehliyetinin bozucu şarta bağlı olarak kazanıldığı görüşü, ceninin ana rahmine düştüğü andan itibaren sözleşme yapma ehliyetine sahip olduğunu savunmakta ise de sağ ve tam doğumu bir geciktirici şart olarak nitelendiren hakim görüş çerçevesinde düşünüldüğünde, ceninin doğumundan önce -kanuni temsilcisi aracılığıyla da olsa- bir sözleşmeye taraf olması mümkün değildir. Bununla birlikte cenin, tarafı olmadığı bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin lehdarı olabilir. Benzer şekilde üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşmede, ceninin, sözleşmenin koruma alanına girmesi de düşünülebilir. Bu sebeple ceninin, bu sözleşmelerden kaynaklanan zararlarının tazminini talep etme hakkına sahip olup olmadığının her iki ihtimal açısından ayrı ayrı tartışılması gerekir.

### **a) Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Lehdarı Olan Ceninin Tazminat Talebi**

Üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdar, sözleşmenin tarafı değildir<sup>52</sup>. Bu sebeple ceninin, henüz sözleşme ehliyetinin bulunmadığı bir aşamada, üçüncü kişi yararına yapılan sözleşmenin lehdarı olması mümkündür<sup>53</sup>. Bu tür sözleşmelerde üçüncü kişinin hakkı, yararına kurulmuş olan sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Sözleşmenin kurulduğu sırada henüz doğmamış olan ceninin, “sözleşmenin kurulduğu anda” nasıl hak kazanacağı meselesi ise “beklenen hak teorisi” ile açıklanmıştır. Buna göre; sözleşme kurulduğu anda henüz doğmamış olan cenin bakımından, yararına kurulan sözleşmeden doğan hak, henüz bir bekleme durumudur. Cenin sağ ve tam doğmakla bu hakkı kazanacaktır<sup>54</sup>. Böyle bir sözleşme, sağ ve tam doğum geciktirici şartına bağlı olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur ve çocuk, sözleşmeden doğan talep hakkını sözleşmenin borçlu tarafına karşı ileri sürebilir<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Yarg. 11. HD, 5.4.2010, E. 12224, K. 3776; Yarg. 4. HD, 12.10.1983, E. 7784, K. 8331. (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.)

<sup>52</sup> Oğuzman, M. K./Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, 439; Eren, 1097.

<sup>53</sup> Akyol, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008, 99; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 19; Ünver, 75; Eren, 1096.

<sup>54</sup> Akyol, 101.

<sup>55</sup> Kurt, 191; Ünver, 76.

Cenin, tam ya da eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin lehdarı olabilir<sup>56</sup>. Cenin lehine kurulmuş olan sözleşme tam üçüncü kişi yararına sözleşme ise cenin sağ ve tam doğumun gerçekleştiği anda, tarafı olmadığı bu sözleşmeden bir alacak hakkı kazanır ve borçludan ifanın kendisine yapılmasını talep edebilir. Sözleşmenin eksik üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıması halinde ise yararlanan üçüncü kişi sadece kendisine yapılacak ifayı kabul etme yetkisine sahip olduğundan, cenin de sağ ve tam doğumun gerçekleşmesiyle birlikte kendisine yapılacak ifayı kabul etme yetkisini elde edecektir<sup>57</sup>.

Cenin, lehdarı olduğu üçüncü kişi yararına sözleşmenin gerektiği gibi ifa edilmemesinden dolayı zarara uğradığı takdirde bu zararının tazminini talep edebilir. Bununla birlikte cenin yararına kurulmuş olan sözleşmenin geciktirici şarta bağlı bir sözleşme niteliği taşıdığı ve hüküm ve sonuçlarını ancak sağ ve tam doğumun ardından doğurmaya başlayacağı unutulmamalıdır. Hal böyle olunca bu sözleşmenin ihlali ancak sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinden sonra mümkün olabilir. Bu durumda tazminata yol açan zararı doğurucu olay ceninin ana rahminde bulunduğu süreçte meydana gelmiş olmayacağından, her ne kadar ceninin üçüncü kişi yararına sözleşme sebebiyle hak sahibi olması mümkün ise de kanaatimizce bu sözleşmenin ihlalinden doğacak tazminat talep hakkı, bu çalışma anlamında “ceninin tazminat talebi” başlığı altında ele alınamaz.

### **b) Ceninin Koruyucu Etkili Sözleşmeden Kaynaklanan Tazminat Talebi**

Borçlar hukukunda geçerli olan nispiyet esası uyarınca borç ilişkileri ancak tarafları arasında hüküm ve sonuç doğururlar. Dar anlamda borcun ifası, taraflar dışında bir üçüncü kişiden istenemez; üçüncü kişi de tarafı olmadığı sözleşmeden doğan borcun ifasını talep edemez. Aynı kuralın tazminat hukukundaki görünümü, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde üçüncü kişiden tazminat talebinde bulunulamayacağı şeklindedir ki üçüncü kişiler açısından bu, tarafı olmadıkları bir sözleşmeden doğan borcun ihlali sebebiyle uğradıkları zararın tazminini ancak haksız fiil hükümlerine

---

<sup>56</sup> Üçüncü kişinin sadece vaad eden tarafından teklif edilen ifayı kabul yetkisine sahip olup ondan borcun ifasını isteme hakkının bulunmadığı sözleşme tipine “eksik”, “basit” ya da “yetki veren” üçüncü kişi yararına sözleşme denir. Bundan üçüncü kişi yararına doğrudan doğruya bir alacak hakkı doğmaz. Buna karşılık üçüncü kişi vaad edilen edimin ifasını talep yetkisine sahip ise tam üçüncü kişi yararına sözleşmeden söz edilir (*Eren*, 1100; *Akyol*, 16).

<sup>57</sup> *Ünver*, 76.



dayanarak talep edebilecekleri anlamına gelir. Oysa sözleşmeye aykırılık hükümlerinin zarar görene çoğu açıdan haksız fiil hükümlerine nazaran daha etkin bir koruma sağladığı tartışmasızdır<sup>58</sup>. Tarafı olmadığı bir sözleşmeden doğan koruma yükümlerinin ihlali sonucu zarar gören üçüncü kişinin, bu zararını, sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca tazmin ettirebileceği doğrudan ve bağımsız bir talep hakkına sahip olması, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme yapısı ile sağlanmaktadır<sup>59</sup>.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, borçlunun koruma yükümlülüklerini alacaklı ile birlikte, alacaklının koruma alanı içinde bulunan ve edime yakınlığı dolayısıyla en az alacaklı kadar tehlikeye maruz olan üçüncü kişilere de yaymayı ifade eder<sup>60</sup>. Koruma yükümlülüklerinin alanının bu şekilde genişletilmesi için borçlunun, sözleşmenin diğer tarafına karşı olduğu gibi üçüncü kişiye karşı da koruma ve özenle yükümlü olduğunun dürüstlük kuralı gereğince kabul edilebilmesi gerekli ve yeterlidir. Burada sözleşme, edim ilişkisi itibarıyla yalnızca tarafları arasında hüküm ifade etmektedir, bu sebeple sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinin ifasının üçüncü bir kişi tarafından talep edilmesi söz konusu değildir. Bununla birlikte bu sözleşmenin kurulması ile, borçlu ve edim ilişkisi açısından üçüncü kişi durumundaki kişiler arasında da, herhangi bir asli edim yükümlülüğü içermeyen, sadece koruma yükümlülüklerinden ibaret bir borç ilişkisi meydana gelmiş olur. Böylece kurulan sözleşmede taraf sıfatı taşımamakla birlikte sözleşmenin koruma alanına dahil olan üçüncü kişiler, bu sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinin ifası sebebiyle zarar gördükleri takdirde, zararlarının tazminini akdi sorumluluk hükümleri uyarınca tazmin ettirmek imkanını kazanmış olmaktadırlar<sup>61</sup>.

Cenin de koruma alanına dahil olduğu herhangi bir sözleşmenin ihlali dolayısıyla tazminat talep hakkına sahip olabilir; bunun için üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartlarının gerçekleşmiş olması gerekli ve

<sup>58</sup> Ünver, 138. Sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralların tazminat talepleri açısından değerlendirilmesi ve karşılaştırılması için bkz. *Serozan*, Rona: “Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, 716.

<sup>59</sup> *Bulut*, Nil Karabağ: Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul 2009, 13.

<sup>60</sup> *Akınal*, Teoman: “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nispiliği Prensibinin Aşılması”, YD. 1988, 227; *Demircioğlu*, Huriye Reyhan: Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranışlardan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009, 156.

<sup>61</sup> *Demircioğlu*, 158.

yeterlidir<sup>62</sup>. Bizim bu başlık altında özellikle üzerinde duracağımız sözleşme ise, cenini koruyucu etkili bir sözleşme niteliği taşıyıp taşımadığı hususunda fikir birliğine varılamamış olmasına rağmen, ceninin anne babasının hekimle kurduğu sözleşmedir<sup>63</sup>.

Hekimle hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesi, hekimi kendisine ödenecek bir bedel karşılığında tıbbi teşhis ve tedavi yükümlülüğü altına sokan bir sözleşmedir<sup>64</sup>. Hekimlik sözleşmesinin hukuki açıdan nasıl nitelendirileceği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüş olmakla birlikte, hakim görüş hekim ile hasta arasındaki ilişkinin bir vekalet ilişkisi teşkil ettiği yönündedir<sup>65</sup>. Ana ile hekim arasında kurulan bu sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme mi yoksa üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme mi olduğu hususunun ise her somut olayda, sözleşmenin özelliğine göre belirlenmesi gerekir. Üçüncü kişi yararına sözleşme, taraflarca ifanın alacaklıya değil de üçüncü bir kimseye yapılmasının kararlaştırıldığı sözleşmedir<sup>66</sup>. Ana ile hekim arasında cenin yararına bir sözleşmenin kurulması şüphesiz mümkündür; ancak normal şartlarda, gebeliğin takibini ve doğumun gerçekleştirilmesini konu edinen bir hekimlik sözleşmesinde ifanın cenine yapıldığı söylenemez. Gebelik devam ederken ve tam doğumun gerçekleşmesine kadar, hekimin, bu sözleşme gereğince yürüttüğü ve sözleşmenin ifası niteliğini taşıyan tüm faaliyetleri, doğrudan ananın vücut bütünlüğü ile ilgilidir ve ananın menfaatine hizmet eder. Hekimlik sözleşmesi, cenine ancak dolaylı bir koruma sağlar. Bu sebeple kanaatimizce ana ile hekim arasındaki bu sözleşmenin cenin yararına yapılmış bir sözleşme değil, cenini koruyucu etkili bir sözleşme olduğunun kabulü

---

<sup>62</sup> Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunu edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi olarak nitelendiren görüş uyarınca üçüncü kişinin sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerden yararlanabilmesinin temel şartı, tarafların güven alanına dahil olmasıdır. Bunun yanı sıra üçüncü kişinin edime yakın olması, korunmasında alacaklının menfaatinin olması, üçüncü kişinin edime yakınlığının ve alacaklının onun korunmasındaki menfaatinin borçlu tarafından öngörülmesi ve üçüncü kişinin korunma ihtiyacının bulunması gerekir (*Bulut*, 100).

<sup>63</sup> Ana-babanın hekimle yaptığı sözleşmenin gebeliği önlemek amacını gütmesi durumu, cenin açısından üçüncü kişi yararına sözleşme ya da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramlarının tamamıyla dışında kalmaktadır. Örneğin baba açısından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak nitelendirilebilecek sterilizasyon sözleşmesinin, henüz ana rahmine düşmemiş çocuğun yararına ya da onu koruyucu etkili olduğu söylenemez (*Büyükkay*, 115).

<sup>64</sup> *Demir*, Mehmet: "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", AÜHFHD 2008, C. 57, S. 3, 232.

<sup>65</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Şenocak*, Zariife: *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara 1998.

<sup>66</sup> *Büyükkay*, 113.

gerekir<sup>67</sup>. Böylece ana ile hekim arasında yapılmış olan gebelik takibine ilişkin sözleşmenin koruma alanı içinde yer alan cenin, hekimin bu sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinin ifası sırasında bir zarara uğradığı takdirde, bu zararın tazmini akdi sorumluluk hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilecektir<sup>68</sup>.

### c) İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuğun Tazminat Talebi

İstenmeden dünyaya gelen çocuk kavramı ile anne-babanın çeşitli sebeplerle dünyaya gelmesini istemedikleri bir çocuğun, çoğu zaman hekimin anne-baba ile arasında kurulmuş sözleşmeye aykırı davranışının sonucu olarak doğumu ifade edilmektedir<sup>69</sup>. Anne-baba ile hekim arasında kurulmuş olan bu sözleşmenin konusu sterilizasyon uygulaması<sup>70</sup>, mevcut gebeliğin sonlandırılması ya da genetik danışmanlık ve doğum öncesi teşhis-tedavi olabilir<sup>71</sup>. Hekim yapılan sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa etmediği takdirde, anne-babanın bu ihlal sebebiyle istenmeden dünyaya gelen çocuğun sağlıklı ya da özürlü olmasına bakılmaksızın, bu doğumdan kaynaklanan zararlarının tazminini aralarındaki sözleşmeye dayanarak hekimden talep etme hakları, doktrinde ve uygulamada kural olarak kabul görmektedir<sup>72</sup>. Bununla

<sup>67</sup> Serozan, §19 N 1; Aydın, Tülay: Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi, İÜHF M C. LXIV, S. 2, 2006, 337. Buna karşılık ananın, karnındaki ceninin tedavisi amacıyla hekimle yaptığı sözleşme, tam üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Hekim edim yükümlünün borçlusu, sağ ve tam doğmak kaydıyla haklardan yararlanacak olan cenin de edim alacaklısıdır. Ceninin genetik bir hastalığının bulunup bulunmadığının teşhisi-ne veya genetik hastalığın tespiti halinde gebeliğin sonlandırılmasına yönelik sözleşmeler ise üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilemez (Büyükkay, 113).

<sup>68</sup> Kurt, 192; Şenocak, 157; Ünver, 138.

<sup>69</sup> İstenmeden dünyaya gelen çocuk sebebiyle meydana gelen zararın giderilmesine ilişkin davanın anne-baba tarafından açılması halinde “istenmeyen doğumdan kaynaklanan dava hakkı” (*wrongful birth action*), bizzat özürlü çocuğun kendi doğumu ve yaşamı sebebiyle tazminat talep etmesi halinde ise “istenmeyen yaşamdan kaynaklanan dava hakkı” (*wrongful life action*) söz konusudur (Büyüksağış, Erdem: “Ebeveynleri Tarafından Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuğun Doğumunu Engellemek Hekimin Sorumluluğunu Gerektirir mi?”, e-akademi, Şubat 2006, Sa. 48, parç. 3, Şenocak, 42).

<sup>70</sup> 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 4 hükmünde sterilizasyon; “bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale” şeklinde tanımlanmıştır. Kanuna göre sterilizasyon ameliyatı tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır (m. 4/II).

<sup>71</sup> Ünver, 151.

<sup>72</sup> Hekimin anne-baba ile yaptığı sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemesi, sağlıklı ya da özürlü bir çocuğun, anne-babasının rızası hilafına dünyaya gelmesine yol açtığı takdirde, sözleşmeye aykırı davranan hekime karşı çocuğun bakım giderleri ile gebelik ve doğum için yapılan giderlerin tazminine yönelik talep hakkının, sözleşmenin tarafı sıfatıyla anne ve babanın her ikisine de ait olması tabiidir. Hekimle yapılan sözleşme-de eşlerden yalnızca birinin taraf sıfatını taşıması durumunda ise çocuğun doğumu sebebiyle

birlikte bizzat çocuğun, sözleşme sorumluluğu esaslarına göre hekimden tazminat talep edip edemeyeceği meselesi tartışmalıdır<sup>73</sup>.

İstenmeden dünyaya gelen çocuğun, sağlıklı veya özürlü olarak doğmuş olmak dolayısıyla uğradığını ileri sürdüğü zararın tazminini bizzat talep etme hakkının varlığına ilişkin problem, talebin hukuki dayanağı noktasındadır. Çocuğun doğumu hekimin sözleşmeye aykırı davranışının sonucu olduğundan, çocuğun sözleşmenin ihlaline dayanan tazminat talebini hekime yöneltebilmesi, hekim tarafından kusurlu olarak ihlal edilen sözleşme ilişkisinin tarafı olmasını ya da en azından bu sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşme olarak nitelendirilip kendisinin de sözleşmenin koruyucu etkisine dahil edilebilmesini gerektirir<sup>74</sup>. Oysa bu sözleşme, hekim ile anne-baba arasında kurulmakta ve esasen sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla henüz hak ehliyetini kazanıp kazanamayacağı belirsiz olan çocuk, bu sözleşme bakımından taraf sıfatı taşımamaktadır<sup>75</sup>. Sözleşmenin ceninin de koruma alanına dahil edilebileceği üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşme olarak nitelendirilmesi ihtimaline gelince; bu noktada sözleşmenin konusu belirleyici olacaktır. Açıktır ki sterilizasyonu ya da mevcut gebeliğin sonlandırılmasını hedefleyen bir sözleşmenin cenin bakımından koruyucu etkili sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir<sup>76</sup>. Bu sebeple

---

le bakım giderlerini karşılamakla yükümlü olan ve hekimle yapılan sözleşmeye taraf olmayan eşin dava açma imkanının varlığı, diğer eş ile hekim arasında kurulmuş olan sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak nitelendirilmesiyle kabul edilebilir olmaktadır (Şenocak, 139; Temel, Erhan: “Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar”, Ankara Barosu III. Sağlık Kurultayı, Ankara 7 -8 Mayıs 2010, 83). Hatalı sterilizasyon sebebiyle dünyaya gelen çocuğun bakım masraflarının hekim tarafından karşılanması taleplerine ilişkin içtihadında (BGH NJW 2007, 989-990) Federal Mahkeme, sterilizasyon sözleşmesinin aile planlamasına hizmet ettiğini, bu itibarla sadece babanın koca sıfatıyla tazminat alacaklısı olmadığını, annenin hayat arkadaşının ya da kısa süreli ciddi olmayan erkek arkadaşının da bu sözleşmeden kendi lehine haklar çıkarabileceğini ifade etmiştir (Temel, 82). Belirtilmelidir ki gebelik takibi ve prenatal tanıdaki kusur sebebiyle istenmeden dünyaya gelen özürlü çocuğun bakım masraflarının tazmin edilebilirliği, her şeyden önce hekim sözleşmeye uygun olarak mevcut anomaliyi tespit edebilmiş olsaydı, anne-babanın başvuracaklarını iddia ettikleri gebeliği sonlandırmanın hukuka uygun olmasına bağlıdır (Şenocak, 121).

<sup>73</sup> İstenmeyen sağlıklı çocuğun doğumu halinde anne-baba tarafından açılacak tazminat davasıyla giderilmesi istenen zarar, çocuğun kendisi (bizatihi varlığı) değil, planlamaya aykırı doğumundan kaynaklanan bakım masraflarından ibarettir (Friedl, 164; Şenocak, 13).

<sup>74</sup> Büyüksağış, “Hekimin Sorumluluğu”, parg. 17; Ünver, 152; Şenocak, 156.

<sup>75</sup> Ünver, 151; Şenocak, 156.

<sup>76</sup> Her iki sözleşmenin de gereği gibi ifa edilmesi, ceninin hiç var olmaması ya da varlığının sağ ve tam doğum gerçekleşmeksizin sona ermesi anlamına gelecek ve böylece sözleşmenin koruyucu etkisi içinde bulunacak bir üçüncü “kişi” de hiç olmayacaktır. Buna karşılık hekimin

hekim tarafından ihlal edilen sözleşme sterilizasyona veya gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olduğu ölçüde, başka bir tartışmaya girmeye gerek bulunmaksızın, istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuğun, sözleşmenin ihlaline dayanarak hekime yöneltebileceği bir tazminat talep hakkının mevcut olmadığı söylenebilir<sup>77</sup>. Hekim ile anne-baba arasında kurulan sözleşmenin genetik danışmanlık ve doğum öncesi teşhis-tedaviye ilişkin olması halinde ise hekimin sözleşmeyi ihlal eden kusurlu davranışı çocuğun özürlü doğumuna yol açan problemin önceden tespit ve/veya tedavi edilememesine sebebiyet verecektir<sup>78</sup>. Böylece bu ikinci ihtimalde anne-baba aslında sağlıklı bir çocuk sahibi olmak istedikleri halde hekimin sözleşmeye aykırı davranışı sonucunda özürlü bir çocuk doğmuş olmaktadır<sup>79</sup>. Burada hemen gebeliğin önlenmesini ya da sonlandırılmasını hedefleyen sözleşmelerin aksine genetik danışmanlık, gebelik takibi ve doğum öncesi teşhis-tedaviye ilişkin sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğunu belirtmek gerekir<sup>80</sup>. Bununla birlikte hekimin özürlü doğum sebebiyle meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi, sözleşmeyi ihlal eden kusurlu davranışı ile ana rahmindeki cenine doğrudan doğruya zarar vermiş olmasına ya da böyle bir sözleşme gereğince teşhisi ile yükümlü olduğu hastalığın doğumdan

---

sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemiş olması, sözleşmenin taraflarını oluşturan ana-babaya sözleşmeye dayanarak tazminat talep etme hakkını verirse de kanaatimizce böyle bir sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemiş olması sebebiyle sağlıklı doğan çocuğun hekimden tazminat talep etme hakkı yoktur. Çocuğun hekimin bu sözleşmenin gereğini yerine getirmeye yönelik kötü ifa teşkil eden davranışı sebebiyle özürlü olarak dünyaya gelmesi halinde ise tazminat talebinin haksız fiile dayandırılması gerekir. Aynı yönde bkz. *Büyüksağış*, “Hekimin Sorumluluğu”, parç. 2.

<sup>77</sup> *Büyükay*, 115; *Büyüksağış*, “Hekimin Sorumluluğu”, parç. 10.

<sup>78</sup> Prenatal tanı, riskli gebeliklerde gebe kadın ve fetüse gebelik dönemi içinde uygulanan küçük cerrahi müdahaleler ve genetik testler aracılığıyla fetüsteki sağlık sorunlarının ve genetik bozuklukların tespit edilmesidir (*Şenocak*, 48).

<sup>79</sup> Çocuğun özürlü doğumu ile hekimin davranışı arasındaki sebep-sonuç ilişkisi değişik biçimlerde ortaya çıkabilir. Örneğin ana-babanın kendilerinde bulunan bir genetik rahatsızlık konusunda yanlış bilgilendirilmeleri, ana rahmindeki ceninin özürlü olup olmadığının tespiti için yapılabilecek kontrollerin yanlış uygulanması, özürlü çocuğun yaşamını sonlandırma ya yönelik kürtaj müdahalesinin başarısız olması, çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesiyse sonuçlanabilir (*Friedl*, 161).

<sup>80</sup> Anne-babanın birlikte veya ayrı olarak yapmış oldukları, genetik bir rahatsızlığın bulunup bulunmadığına yönelik hamilelik öncesi ve hamilelik sonrası teşhis sözleşmelerinin çocuk bakımından ne üçüncü kişi yararına sözleşme, ne de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak nitelendirilemeyeceği yolunda bkz. *Büyükay*, 115. Federal Mahkeme de yürürlükteki hukuk belirli şartlar altında gebeliği sonlandırma hakkını açıkça ve sadece anneye tanımış olduğundan hekimle gebe kadın arasındaki prenatal tanıya yönelik sözleşmenin çocuk için koruyucu etki doğurmayacağını ifade etmiştir (BGHZ 86, s. 240 vd. BII 2 b aa., *Şenocak*, 156, dpn. 86’ dan naklen).

önce tedavi edilebilir bir hastalık özelliği göstermesine bağlıdır. Buna göre özürlü doğuma cenin için ana rahminde iken uygulanan bir tedavinin gereği gibi yapılmamasının ya da ana rahmindeki ceninin ameliyat edilmesinde olduğu gibi doğrudan doğruya cenine yönelik bir tıbbi müdahalenin neden olması durumunda çocuğun da dava açabileceğini kabul etmek gerektiğinde şüphe yoktur<sup>81</sup>. Buna karşılık özürlü doğan çocuğun, hekimin ana-babasına karşı yükümlülüğünü ihlal etmemiş olsaydı, kendisinin doğmayacağını, özürlü doğum nedeniyle bir takım giderlerin söz konusu olmayacağını ya da manevi üzüntü çekmeyeceğini ileri sürerek tazminat talep etmesinin mümkün olup olamayacağı tartışmasında durum farklıdır. Alman hukukunda Federal Mahkeme özürlü çocuğun taşıdığı anomali ya da hastalık sebebiyle bizatihi varlığının kendisi için zarar teşkil ettiği fikrine dayanan tazminat talebini reddetmektedir. Federal Mahkeme'ye göre; "anneye tanınan gebeliği sonlandırma hakkı, çocuğa anne karşısında var olmamayı talep etme hakkı vermez; aynı esas hekim karşısında da geçerlidir"<sup>82</sup>. Yargıtay ise hekimin gebelik takibindeki kusuru nedeniyle istenmeden dünyaya gelen özürlü çocuk olayına ilişkin olarak verdiği iki kararda, taşıdığı anomali sebebiyle yaşayacağı acı ve ızdıraptan dolayı çocuk adına talep edilen manevi tazminatı ve ömür boyunca uğrayacağı maluliyet sebebiyle iş gücü kaybının tazminini, çocuktaki anomaliye hekim sebep olmadığı, hekimin kusuru sadece gebelik takibi sırasında fetüsteki anomalilerin gözden kaçırılmasına ilişkin olduğu halde, bu hususu tartışmaksızın, kabul etmiştir<sup>83</sup>.

İstenmeden dünyaya gelen özürlü çocuğun tazminat talebinin dayanağını ancak cenine ana rahminde iken hekimin kusuruyla zarar verilmesi ya da cenin ana rahminde iken tedavi edilebilecek bir hastalığın teşhis edilememesi ve bundan dolayı çocuğun özürlü doğmuş olması oluşturabilir<sup>84</sup>. Cenindeki hastalığın ana rahminde iken tedavi edilemez nitelik taşıması ve annenin doğum öncesi teşhis doğru yapılsaydı gebeliği sonlandıracak olduğunu iddia etmesi halinde, hekimin kusuru, gebeliğin sonlandırılması imkanının ortadan kalkmış olmasındadır<sup>85</sup>. Hekim cenindeki anomaliye sebebiyet vermemiş ve

<sup>81</sup> Ünver, 163; Şenocak, 157; Büyüksağış, "Hekimin Sorumluluğu", parag. 1; Büyükkay, 116.

<sup>82</sup> Şenocak, 157.

<sup>83</sup> Ünver, 135; Şenocak, 155, dñn. 83.

<sup>84</sup> Büyükkay, 116; Ünver, 136; Şenocak, 157.

<sup>85</sup> Versay İstinaf Mahkemesi'nde görölmekte olan bir uyuşmazlığa konu teşkil eden olayda hekim, hamile olan bir kadının kan tahlili sonucunda bulunan kan değerlerini (β-hCG, AFP ve Östriol) hamileliğin gelişimi açısından gereği gibi değerlendirememiş, tahlil sonucu kanda bulunan bir madde ile çocuğun mongol doğması ihtimali arasındaki ilişkiyi anne-babaya bil-

ceninin hastalığını teşhis ve tedavi hususunda kusurlu davranışta bulunmamış iken, özürlü doğan çocuğun hekimden tazminat talep edebileceğinin kabulü, özürlü doğan çocuğun özürlü yaşamaktansa doğmamış olmanın daha iyi olduğu iddiasının da kabulü anlamına gelir<sup>86</sup>. Oysa özürlü yaşamakla yaşamamak arasında bir tercih yapmak, bir yandan konunun objektif ve herkesi bağlayıcı bir tespit yapmaya uygun olmayışı, diğer yandan da Anayasa'nın insan onurunun ve yaşam hakkının dokunulmazlığı ve eşitlik ilkelerine aykırılık teşkil edişi sebebiyle mümkün değildir<sup>87</sup>. Böylece özürlü çocuğun hekimin gebelik takibi ve doğum öncesi teşhisteki kusuru olmasaydı ana babasının gebeliği sonlandıracak olduklarını, dolayısıyla doğmayacak olduğunu ileri sürerek hekimden tazminat talep etmesi mümkün gözükmemektedir<sup>88</sup>.

## **B- Tazminat Talebinin İleri Sürülmesi**

### **1- Taraflar**

#### **a) Davacı**

Ceninin tazminat talebinde özellik arz eden husus, tazminatı doğuran zarar verici olayın, çocuğun doğumundan önce gerçekleşmiş olması, buna bağlı olarak sağ ve tam doğumun gerçekleşmesiyle kişiliğini kazanan çocuğun, henüz ana rahminde olduğu bir dönemde gerçekleşmiş olan bu olay sebebiyle doğan zararın tazminini talep etmek durumunda kalmasıdır<sup>89</sup>. Sağ

---

dirmemiştir. Çocuğun down sendromlu doğması üzerine anne-baba, zararlarının karşılanması için hekime tazminat davası açmışlardır. Gebeliğin devamı sırasında ceninin sağlık durumundan haberdar edilmiş olsalardı, anne-babanın gebeliği sonlandırma şansları olabileceği gerçeğinden hareket eden Mahkeme, çocuğun kalıcı sakatlığına yol açabilecek durumun hamilelik sırasında teşhis edilememesi sonucu, anne-babanın cenini aldırma imkanından yoksun kaldıklarını belirlemiş ve hekimi manevî tazminat ödemeye mahkûm etmiştir (CA Versailles 8 Temmuz 1993, GP 1994 I, s. 149, *Büyüksağış*, Erdem: “Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı-Uygun İlliyet Bağlı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım”, AÜHFD 2005, C. 54, Sa. 4, 133, dpn. 51'den naklen). Kararda hekimin kusurlu davranışı sonucunda özürlü doğan çocuğun anne-babanın mal varlığında bir eksilmeye yol açmış olması değil, hekimle yapılmış olan vekâlet sözleşmesinden doğan borca aykırılık nedeniyle anne-babanın çocuğu aldırma imkanını kaybetmiş olmaları sonucu uğradıkları psikolojik bütünlüğün zedelenmesi, zarar olarak nitelendirilmiştir (*Büyüksağış*, 134).

<sup>86</sup> Böyle bir durumda çocuğa dava hakkı tanınması, ancak çocuğun “var olmama” hakkı ile ilişkilendirilebilir (*Büyükay*, 115; *Şenocak*, 155).

<sup>87</sup> *Ünver*, 129.

<sup>88</sup> *Şenocak*, 158; *Büyükay*, 115; *Ünver*, 129.

<sup>89</sup> Esasen “ceninin tazminat talebi” ifadesini ısrarla kullanmamızın sebebi de, tazminatı gerektiren bütün bu durumlarda zararı doğurucu olayın gerçekleştiği sırada çocuğun henüz doğmamış ve dolayısı ile kişiliğini kazanmamış oluşudur; yoksa çalış-

ve tam doğumun gerçekleşmesine kadar çocuğun kişilik hakkını kazanıp kazanamayacağı belirsiz olduğundan, çocuk ana rahminde iken zarar da meydana gelmiş olsa bile, bu aşamada tazminat talebinde bulunulması -çünkü talep hakkının elde edilmesi- mümkün değildir<sup>90</sup>. Öyleyse cenin tazminat talep etme hakkını en erken sağ ve tam doğumun gerçekleştiği anda kazanacaktır; başka bir ifadeyle ceninin tazminat talebinde davacı, sağ ve tam doğmuş olan çocuktur. Şüphesiz taraf ehliyetine sahip olmasına rağmen dava ehliyeti bulunmadığından, çocuğun bu hakkı derhal ve bizzat kullanması mümkün olamayacaktır. Kural olarak böyle bir durumda çocuğun dava hakkını yasal temsilcisi aracılığıyla kullanması gerekir. Sözleşmeye aykırılık ya da haksız fiil sebebiyle ortaya çıkan zararlarda üçüncü kişiye yöneltilecek tazminat taleplerinin yasal temsilci aracılığıyla ileri sürülmesi tabiidir. Problem, zarara bizzat yasal temsilcinin sebep olduğu durumlarda, tazminat talebinin yasal temsilciye yöneltilmesi halinde ortaya çıkar ki bu noktada başvurulacak çözüm, çocuğa bir kayyım atanmasından ibarettir<sup>91</sup>.

### **b) Davalı**

Ceninin tazminat talebini kime yönelteceği meselesi, meydana gelen zararın sebebi ve talebin hukuki dayanağı göz önünde bulundurularak çözülmek gerekir. Buna göre örneğin haksız fiilden kaynaklanan tazminat talebi, zarara sebep olan haksız fiilin failine yöneltilir. Haksız fiil failinin bizzat çocuğu rahminde taşıyan kadın olması durumunda sağ ve tam doğumun ardından, doğum öncesi dönemde maruz kaldığı zarar verici davranış sebebiyle özürlü doğmuş olan çocuğun tazminat talebini anneye yöneltip yöneltemeyeceği tartışmalı olmakla birlikte kanaatimizce bu noktada annenin haksız fiilin üçüncü kişinin haksız fiilinden ayırmanın kabul edilebilir bir gerekçesi yoktur<sup>92</sup>.

---

manın amacı, tazminatın çocuğun doğumundan önce talep edilebilirliğinin tartışılması değildir.

<sup>90</sup> *Ünver*, 28.

<sup>91</sup> Ceninin tazminat talebi bakımından her ne kadar sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinden önce kayyım tayin edilerek tazminat davasının açılması mümkün değilse de ceninin haklarının bir kayyım aracılığı ile kullanılamayacağı kuralının istisnaları vardır. MK m. 427/b.3 hükmü uyarınca mirasçılar arasında ceninin bulunması halinde, ceninin menfaatleri de gerekli kılarsa, doğumdan önce bir yönetim kayyımı atanabilir. Benzer şekilde MK m. 303/1'e göre; evlilik dışında dünyaya gelen çocuk için onun doğumundan önce açılacak babalık davasında, yetkisi sadece babalık davası açmakla sınırlı olmak kaydıyla bir kayyım atanır ve dava kayyım tarafından yürütülür (*Ünver*, 29).

<sup>92</sup> Anne ile çocuk arasındaki ilişkinin kendine özgü niteliği tartışılmaz ise de annenin bir anlamda "çocuğun varlığına sebebiyet veren kişi" olması, kusurlu davranışıyla çocuğun zarar



Destekten yoksun kalma tazminatı ya da ceninin, yakınlarından birinin haksız fiil sonucu ölümü sebebiyle talep edebileceği manevi tazminat bakımından da açılacak davanın davalısı, zararı doğuran olayın failidir. Tazminat talep hakkının sözleşme hukukuna dayandırılması halinde ise talebin muhatabı, sözleşmeden doğan edimini gereği gibi yerine getirmeyerek zarara yol açan kimsedir<sup>93</sup>.

## 2- Tazminatın Kapsamı

Çocuğun açacağı tazminat davası ile talep edeceği tazminatın kapsamı da kural olarak her somut olayın özellikleri dikkate alınmak kaydıyla genel esaslar çerçevesinde belirlenecektir. Bununla birlikte haksız fiile dayanılarak talep edilecek tazminat hakkında birkaç husus üzerinde durulması gerekir. Bunlardan ilki, ceninin vücut bütünlüğünün ihlali ve bunun sonucunda özürlü doğumu sebebiyle uğradığı zararın maddi zarardan ibaret olmadığıdır. Haksız fiil faili, sebep olduğu acı ve üzüntü dolayısıyla ortaya çıkan manevi zararı da tazmin etmekle yükümlüdür<sup>94</sup>. Tazminatın kapsamı ile ilgili özellik gösteren ikinci husus, ana rahminde olduğu dönemde vücut bütünlüğü ihlal edilerek özürlü doğmuş olan çocuk lehine hükmedilecek maddi tazminatın miktarının hesaplanmasıdır. Çocuk ergin oluncaya kadar bakım, eğitim ve koruma giderlerinin karşılanması yükümlülüğü MK m. 327/I hükmü gereğince anne-babasındadır. Bu sebeple çocuğun talep edeceği maddi tazminatın kapsamına, erginliğine kadar yapılmış olan masraflar dahil değildir<sup>95</sup>. Buna karşılık özürlü

---

görmesine yol açtığı halde sorumluluktan muaf tutulmasını sağlamaya yetmez. Madem ki cenin üçüncü kişiden ve çocuk da bizzat kendi ebeveyninden, bunların işlediği haksız fiilden dolayı uğradıkları zararlarını tazminini isteyebilmektedir, o halde ceninin anneye karşı da tazminat talebinde bulunabilmesi gerekir (Foley, 180).

<sup>93</sup> Özellikle hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğunda, borçlu durumundaki hekimin çalışanlarından birini borcun ifası veya kendisine ait bir hakkın kullanılması ile ilgili bir işle görevlendirmiş olabilir. Böyle bir durumda BK m. 116 anlamında “yardımcı kişi”nin fiilinden de hekim sorumludur. Teşhis ve tedavi sözleşmesinin bir hastane işletmecisi ile yapılması durumunda ise hekim, hastane işletmecisi bakımından yardımcı kişi niteliğini taşıyacaktır (Büyükcay, 120, dpn. 538).

<sup>94</sup> Kurt, 195.

<sup>95</sup> Özürlü doğan çocuğun erginliğine kadar yapılmış olan masrafların sağlıklı bir çocuk için yapılacak masrafları aşan kısmının tazminini talep etme hakkı çocuğun anne-babasına aittir. Esasen özürlü çocuğun doğumu nedeniyle uğranılan zararların tazmini hakkında iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bunların birincisi zarar verenin tüm bakım giderlerini ödemek zorunda olduğu yönündedir. İkinci görüş ise zarar verenin sadece fazlaya ilişkin giderleri ödemekle yükümlü tutulabileceğini; bununla birlikte ödenecek miktarın tespitinde zararın somut ve şahsi olarak hesaplanması gerektiğini savunmaktadır. Doktrinde özürlü doğan çocuk sebebiyle vaktini çocuğun bakımına ayırmak ve böylece mesleğini terk etmek zorunda kalan anenin bu kaybının da yoksun kalınan kar olarak tazminatın hesaplanmasında dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir (Büyükcay, 132).

doğan çocuk, erginliğinden sonraki bakım ve tedavi masraflarını ve uğradığı bedensel zarar sebebiyle çalışma gücünün kaybının söz konusu olması halinde bu durumdan kaynaklanan kazanç kaybının tazminini haksız fiil failinden talep edebilir<sup>96</sup>.

### **3- Zamanaşımı**

Ceninın tazminat talebinde zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı da önemli bir noktadır. Zarara sebep olan olay ceninin dünyaya gelmesinden önce gerçekleşmiş olacağından, tazminat talebinin ileri sürülmesine ilişkin hakkın tabi olduğu zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için sağ ve tam doğumun yeterli olduğu düşünülebilir. Ancak böyle bir yaklaşımın tazminat talebinin hukuki dayanağına bağlı olarak yetersiz kaldığı ve özellikle çocuk açısından adaletsiz sonuçlar doğurduğu durumlar ortaya çıkabilmektedir.

Ceninın talep edeceği destekten yoksun kalma tazminatı bakımından, zararın ceninin sağ ve tam doğumuyla gerçekleşmiş olacağını kabul etmek gerekir<sup>97</sup>. Gerçekten her ne kadar destekten yoksun kalma tazminatında kural, zararın destek olarak nitelendirilen kişinin ölümüyle gerçekleşmesi ise de cenin desteğin ölümü anında henüz kişiliğini kazanmış değildir ve destek de ona fiilen yardımda bulunmamaktadır. Ancak cenin için destek sayılan anne veya baba, haksız fiil teşkil eden olay sonucunda ölmüş olmasaydı, sağ ve tam doğum gerçekleştiğinde ona yardımda bulunacaklardı. Bu sebeple sağ ve tam doğum gerçekleştiği takdirde, kişilik hakkını elde etmiş olan cenin, bu andan itibaren işlemeye başlayacak zamanaşımı süresi içerisinde destekten yoksun kalma tazminatını talep edebilir<sup>98</sup>.

Ceninın haksız fiile dayanan diğer tazminat talepleri bakımından zamanaşımı süresinin başlangıcı, zararın bütünüyle ortaya çıkması noktasında

---

<sup>96</sup> Kurt, 195.

<sup>97</sup> Yargıtay da ceninin sağ olarak tamamıyla doğduğu anda geçmişe etkili olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren kişiliğini kazanacağını; ancak destekten yoksun kalma tazminatı açısından zaman aşımı süresinin ceninin ana rahmine düştüğü an değil, sağ olarak tamamıyla doğduğu anda işlemeye başladığını ifade etmiştir (Yarg. 4. HD. T. 23.10.1984, E. 1983/6447, K. 1984/2849). (Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.)

<sup>98</sup> Doğum her halde zamanaşımının dolmasından önce gerçekleşeceğinden, henüz doğmamış çocuk için destekten yoksun kalma tazminatı tanımaya lüzum olmadığı yönünde bkz. Gürsoy, 153. Kanaatimizce destekten yoksun kalma tazminatının ceninin dünyaya gelmesinden önce talep edilemeyeşinin sebebi, sağ ve tam doğumun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin henüz belirsiz olmasıdır. Ceninin kişilik hakkını kazanmasına kadar, yasal temsilci ya da kayyum aracılığıyla bu tazminatın istenmesi mümkün değildir. Ancak sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinden sonra, destekten yoksun kalma tazminatı talep etme hakkının ceninin ana rahmine düştüğü tarihten itibaren mevcut olduğunu kabul etmek gerekir (Kurt, 195).

özellik gösterebilir. TBK m. 72/I hükmü uyarınca tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Hukuka aykırı fiilin gerçekleşmiş olmasına rağmen zararın sonradan ortaya çıktığı ya da gelişen zarar niteliği taşıdığı durumlarda ise zamanaşımının zararın bütünüyle öğrenilmesinden itibaren başlaması gerekir. Özellikle hekimin gebelik sürecindeki kusurlu bir davranışı sonucunda ceninin hasar görmesi ve özürlü bir çocuk dünyaya getirilmesi halinde; tedavi giderleri, geçici veya sürekli kazanç kaybı, ekonomik geleceğin sarsılması gibi birden fazla zarar kalemi de söz konusu olduğundan, zararın bütünüyle öğrenilmiş sayılabilmesi için, bu kalemlerin toplamından oluşan genel zararın öğrenilmesi, dolayısıyla özürlü doğum sebebiyle yapılacak bakım ve tedavi giderlerinin kesin miktarının da ortaya konabilmesi zorunludur<sup>99</sup>.

Ceninin sözleşmeye dayanan tazminat taleplerinde de zamanaşımının başlangıcı aynı esaslara tabidir. Ana-baba ile hekim ya da hastane işletmesi arasında yapılan ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün olan sözleşmenin borçlusunun cenine karşı sözleşmeden doğan sorumluluğu hakkında asıl sözleşmenin zamanaşımı süresi geçerlidir. Bununla birlikte bu sözleşmenin hukuki niteliği itibarıyla bir vekalet sözleşmesi olduğu kabul edildiğinde, TBK m. 147/b.5 hükmü uyarınca uygulanması gereken beş yıllık zamanaşımı süresi problem yaratmaktadır; zira üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumuna başvurmakla güdülen amaç, haksız fiile nazaran daha etkili bir koruma sunan sözleşme hukuku kurallarının uygulanmasını sağlamaktır. Bu durumun çocuk açısından yaratacağı olumsuz ve adaletsiz sonuçların ortadan kaldırılabilmesi için doktrinde cismani zararın varlığı halinde zarar verenin haksız fiilden daha kısa olan akdi zamanaşımı süresine dayanmasının mümkün olamayacağı kabul edilmektedir<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> *Büyükkay*, 142. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, özürlü çocuğun doğumuna ilişkin bir kararda, davacıların çocuğun doğumu ile birlikte zararın tamamına vakif olduklarını, bu sebeple zamanaşımının çocuğun doğumu anından itibaren hesaplanması gerektiğini belirtmiştir (YHGK T. 12.12.2002, E. 2002/13-1011, K. 2002/1047). Konuya ilişkin daha yeni bir HGK kararında (YHGK T. 04.06.2003, E. 2003/4-400) ise zamanaşımının başlangıcının fiilin gerçekleştirildiği andan itibaren değil, zararın ortaya çıkması anından itibaren hesaplanması gerektiği belirtilerek sonradan ortaya çıkan zararların da tazminine hükmedilmiştir (*Büyükkay*, 143. Karar metni için bkz. *Demirkan, İ./Demir, A./Bilgin, Ç.*: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10 Yıllık Emsal Kararları, Ankara 2004, 1159).

<sup>100</sup> *Aydın*, 340; *Serozan*, §23 N 2.

## V- SONUÇ

“Cenin”, sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinden önceki aşamada, henüz doğup doğmayacağı ve dolayısı ile hak ehliyetini kazanıp kazanmayacağı da belli olmayan, bununla birlikte potansiyel olarak “kişi” kabul edilmesi mümkün gözükür varlıktır. “Cenin tazminat talebi” ise sağ olarak tamamen doğmakla hak ehliyetini ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eden (MK m. 28) kişinin, sağ ve tam doğumdan önceki aşamada gerçekleşen zarar doğurucu olay sebebiyle tazminat talep edebilmesini ifade etmektedir. Burada tazminat talebinde bulunan şüphesiz cenin değil, sağ ve tam doğmuş olan çocuktur; özellik gösteren husus ise zarara ve dolayısıyla tazminat talebinin doğumuna yol açan olayın, ceninin henüz hak ehliyetine sahip bulunmadığı bir aşamada gerçekleşmiş oluşudur.

Cenin tazminat talebi, esas itibarıyla haksız fiile ya da sözleşmeye dayanır. Ceninin tazminat talebine esas olacak haksız fiil, vücut bütünlüğünün ya da diğer kişilik haklarının ihlali biçiminde ortaya çıkar. Hak ehliyetinin ve kişiliğin kazanılması döllenme anına kadar geçmişe etkili olacağından, bu andan sonra, doğuma kadarki dönem içerisinde gerçekleşecek hukuka aykırı davranışla kişilik hakkı ihlal edilen cenin, bu ihlalin sonucu olan zararın tazminini talep edebilmelidir.

Cenin, haksız fiile bizzat maruz kalmamış olsa bile haksız fiil sonucunda bir yakını kaybetmiş olmasından doğan zararının tazminini isteyebilir. Bu kişi aynı zamanda çocuk için destek niteliği taşıdığı takdirde çocuk bir yandan destekten yoksun kalma tazminatı, diğer yandan da manevi tazminat talep etme hakkına sahiptir. Haksız fiil sonucunda destek niteliği taşımayan, diğer aile fertlerinden birini kaybetmiş olan cenin de sağ ve tam doğumun ardından haksız fiil failinden manevi tazminat talep edebilir.

Cenin tazminat talebinin sözleşmeye dayandırılabilmesi için, koruma alanına dahil olduğu üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşmenin varlığı gerekir. Anne-baba ile hekim arasında yapılan gebelik takibi ve doğum öncesi teşhis-tedavi sözleşmeleri bu türden sözleşmelerdir; dolayısıyla çocuk sağ ve tam doğumun ardından, bu sözleşmelerin hekim tarafından gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle ana rahminde iken uğradığı zararın akdi sorumluluk hükümleri uyarınca tazminini talep etme hakkına sahiptir. İstenmeden dünyaya gelen özürlü çocuğun bu durumdan kaynaklanan zararlarını hekimden talep etme hakkı da aynı esasa dayanmaktadır.

Cenin tazminat talep etme hakkını en erken sağ ve tam doğumun

gerçekleştiği anda kazanacağından, ceninin tazminat talebinde davacı, sağ ve tam doğmuş olan çocuktur. Şüphesiz taraf ehliyetine sahip olmasına rağmen dava ehliyeti bulunmadığından, çocuk bu hakkını kural olarak yasal temsilcisi aracılığıyla kullanacaktır. Tazminat talebinin kime yöneltileceği meselesi meydana gelen zararın sebebi ve talebin hukuki dayanağı göz önünde bulundurularak çözümlenmelidir. Ancak ceninin zararı annenin gebelik sürecindeki kusurlu davranışından kaynaklandığı takdirde tazminat talebinin anneye yöneltmesinin mümkün olup olmadığı, özel bir durum olarak tartışılmaktadır. Kanaatimizce cenin sağ ve tam doğmakla geçmişe etkili olarak kişilik kazanacağından, annenin rahminde taşıdığı cenine karşı bir özen yükümlülüğü altında bulunduğu kabul edilmesi ve üçüncü kişinin cenine yönelik kusurlu davranışı ile annenin davranışı arasında fark gözetilmemesi gerekir.

Tazminatın kapsamının ve talep hakkının tabi olacağı sürenin belirlenmesi, kural olarak genel esaslara tabidir. Bununla birlikte süre ile ilgili olarak zarar verici olay cenin ana rahminde iken gerçekleşmesine rağmen zarar sağ ve tam doğumun ardından ortaya çıktığı ve sıklıkla gelişen zarar niteliği taşıdığından, zamanaşımının zararın bütünüyle öğrenilmesinden itibaren başlaması gerektiği vurgulanmalıdır.

#### KAYNAKÇA

- Akünel*, Teoman: “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nispiliği Prensibinin Aşılması”, YD. 1988, 222-237.
- Akyol*, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008.
- Aydın*, Tülay: Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi, İÜHF C. LXIV, S. 2, 2006, 327-342.
- Beal*, Ron : “Can I Sue Mommy? An Analysis of a Woman’s Tort Liability for Prenatal Injuries to her Child Born Alive”, 21 San Diego L. Rev. 1983-1984, 325-370.
- Bulut*, Nil Karabağ : Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul 2009.
- Büyükkay*, Yusuf : İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım, Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul 2006.

- Büyüksağış, Erdem* : “Ebeveynleri Tarafından Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuğun Doğumunu Engellemek Hekimin Sorumluluğunu Gerektirir mi?”, e-akademi, Şubat 2006, Sa. 48 (Hekimin Sorumluluğu).
- Büyüksağış, Erdem* : “Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı-Uygun İliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım”, AÜHFD C. 54, Sa. 4, 2005, 119-148.
- Capron, Alexander* : “Tort liability in Genetic Counseling”, 79 Colum L. Rev. 1979, 619-680.
- Coester, Michael* : “The protection of the embryo in German family law”, Journal of Child Law, Vol. 5, No. 2, 1993, 88-94.
- Cook, Moses* : “From Conception until Birth: Exploring the Maternal Duty to Protect Fetal Health”, Washington University Law Quarterly, vol. 80/2002, 1307-1340.
- Demir, Mehmet* : “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, AÜHFD 2008, C. 57, S. 3, 225-252.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan* : Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranışlardan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009.
- Demirkan, İ./Demir, A./Bilgin, Ç.* : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 10 Yıllık Emsal Kararları, Ankara 2004.
- Dickens, Bernard M./ Cook, Rebecca J.* : “The Legal Status of in vitro Embryos”, International Journal of Gynecology and Obstetrics 111 (2010), 91-94.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan*: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2009.
- Eren, Fikret* : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- Foley, Teresa* : “Dobson v. Dobson: Tort Liability for Expectant Mothers?”, Saskatchewan Law Review, Vol. 61 (1998), 177-198.
- Friedl, Birgit* : “Wrongful Birth Claims in Germany”, The King’s College Law Journal, 1994-1995 (5), 161-165.
- Gazley, M. G.* : “Tort Liability for Prenatal Injuries”, Victoria U. Wellington L. Rev. 7(1973-1975), 202-216.
- Gökayla, K. Emre* : Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2004.

**Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin...**

Gürsoy, Kemal Tahir : “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, AÜHF Dergisi, Cilt: 29, 1972, Sayı: 1-2, s. 143-197.

Hausheer, H./Aebi-Müller, R. : Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005.

Jayakumar, Sri Vidhya : “Liability of a Mother for Prenatal Negligence to her Child: A Case for Equal Parenthood”, National Conference on Gender Equity at Work and Home, 9-10 Jan. 2009, K.G. Somaiya College, Mumbai ([http://www.vpmthane.org/law1/Princ-Articles/Liability\\_of\\_a\\_mother\\_for\\_prenatal.pdf](http://www.vpmthane.org/law1/Princ-Articles/Liability_of_a_mother_for_prenatal.pdf). erişim: 27.03.2013)

Jost, Timothy Stoltzfus : “Rights of Embryo and Foetus in Private Law”, Am. J. Comp. L. 2002, 633-646.

Kiessling, Ann A. : “What is an Embryo?”, Connecticut Law Review, Vol. 36 (2003-2004), 1051-1092.

Kurt, Leyla Müjde : “Cenin Malvarlığı Hakları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 1, 2011, 177-209.

Mancino, Paul A. : “Torts-Prenatal Injuries-Recovery Allowed”, 14 W. Res. L. Rev. 1962-1963, 151-154.

Oğuzman, M. K./Öz, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.

Oğuzoğlu, H. Cahit : Medeni Hukuk Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 1963.

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/

Oktay-Özdemir, Saibe : Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2009.

Özsunay, Ergun : “Rights of Embryo and Foetus in Private Law”, Convergence of Legal Systems in the 21st Century, General Reports Delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law, Brisbane, Australia, 14-21 July 2002, Extrait, Bruxelles 2006, 1275-1413.

Özsunay, Ergun : “Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlerinde Embriyo ve Cenin’in Hukuksal Durumu ve Korunması”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, 129-149.

Priestley, J. M. : “Personality and Status in the Womb”, Auckland U. L. Rev. 1967-1971, 33-42.

Purdy, L. M. : “Are Pregnant Women Fetal Containers?”, Bioethics, 1990 Oct. 4(4), 273-291.

- Serozan, Rona* : “Doğum Öncesi (Prenatal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğın Korunması”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağın, Ankara 2006, 311-324 (Kişiliğın Korunması).
- Serozan, Rona* : “Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğın ile Kapatma Eğilimi”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağın, İstanbul 2007, 715-745.
- Serozan, Rona* : Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.
- Sirmen, Lale* : “Destekten Yoksun Kalma Tazminatına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, AÜHF Dergisi, Cilt 35, 1978, Sayı 1-4, s. 485-495.
- Slabbert, M. N.* : “The Fetus and Embryo: Legal Status and Personhood”, J. S. Afr. L. 1997, 234-255.
- Stone, F.* : “The Unborn Child and The Law of Tort”, 9 Cambrian L. Rev. 1978, 55-63.
- Şenocak, Zarife* : İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, Ankara 2009.
- Şenocak, Zarife* : Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğın, Ankara 1998.
- Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/*
- Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla* : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Tekinay, Selahattin Sulhi* : Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul 1963.
- Temel, Erhan* : “Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar”, Ankara Barosu III. Sağlık Kurultayı, Ankara 7 -8 Mayıs 2010, 62-84.
- Ünver, Tülay Aydın* : Ceninin Hukuki Konumu, İstanbul 2011.
- Weinberg, Susan R.* : “A Maternal Duty to Protect Fetal Health”, Indiana Law Journal, Vol. 58 (1983), 531-546.
- Wellington, Kate* : “Maternal Liability for Prenatal Injury: The Preferable Approach for Australian Law?”, Tort Law Review 18 (2010), 89-101.